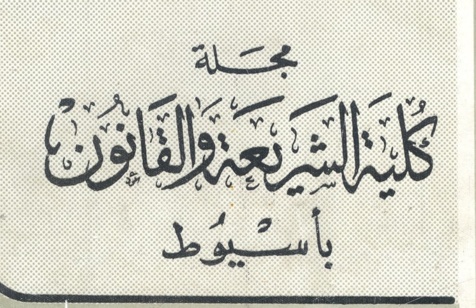
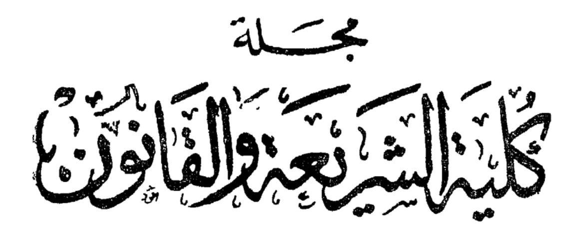


العدد الثامن

١٤١٠هـ - ١٩٩٠م

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بأسيوط

مجلة



العدد الثامن

١٤١٠هـ – ١٩٩٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد

فاننا نسجد لله سبحانه وتعالى شكرا أن وفقنا لاخراج العدد الثامن من مجلة كلية الشريعة والقانون فرع أسيوط .

ونرجوا أن ينال الرضا من قارئه وأن يجد فيه ما يشفى غليله من أحكام الشريعة الاسلامية فى أمور حياته كما أتوجه بالشكر للسادة الباحثين والمساهمين فى اخراج هذا العدد طالبين من المولى عز وجل الأجر والمثوبة انه غنى جواد .

والله ولى التوفيق ،،،

أ.د. عبد الشافى على جابر

بحوث في الجهاد
دراسة فقهية مقارنة
(٣)

أ.د / عبد الشافي على جابر
عميد الكلية

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

ونصلى ونسلم على سائر أنبيائه ورسله الذين حملوا أمانة الهداية الى عباده ، وتبليغ أوامره ونشر شرائعه ... ونخص سيدنا ومولانا (محمد بن عبد الله) امام النبيين . وخاتم المرسلين . وقائد المجاهدين . وأشجع المقاتلين — صلى الله عليه وسلم — وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين .

وبعد ...

فقد أكدت العزم على الكتابة فى موضوع (الجهاد) حتى أستوفيه . وقد تكلمت فى العدد السادس لهذه المجلة عن : تعريفه، وسبب مشروعيته ، وأنواعه . وحكم كل نوع كما تكلمت فى العدد السابع عن شروط وجوبه ، وحكم الدعوة الى الاسلام قبل القتال ، والاستعانة بالكفار فيه ... وهنا أذكر بعض الأحكام المتعلقة به .

سائلا المولى تعالى أن يوفقنى الى مواصلة المسيرة فانه جلت قدرته نعم الموفق ونعم المعين .

المبحث الثالث :

حكم الفرار عند لقاء الأعداء ، وآداب القتال فى الاسلام ، وأسباب النصر فيه .

ويشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حكم الفرار عند لقاء الأعداء .

المطلب الثانى : آداب القتال فى الاسلام .

المطلب الثالث : أسباب النصر فى الاسلام .

المطلب الأول

حكم الفرار عند لقاء الأعداء

تمهـــيد :

ان الله سبحانه وتعالى حث النفس الانسانية على الجهاد فى سبيله ، وحببه اليها لذا فقد أمر بالثبات عند لقاء العدو • لأنه من أجل العوامل التى تساعد على الانتصار وهو دليل واضح على قـــوة الروح المعنوية التى هى الدافع القوى على القتال والاستبسال وقد انتصر المسلمون الأوائل فى كل غـــزواتهم بهذه الروح التى يبعثهـــا الايمان فى نفوس المجاهدين فتتضاعف امكانياتهم الحربية ، وقدراتهم على مواجهة الأعداء(١) كما حذر من الفرار لأنه يؤدى الى الهـــزيمة ويوهن القوى • فهو اذن كبير المفســـدة ، ســـيىء العـــاقبة لأن الفار كالحجر يسقط من البناء فينهاوى ويختل نظامه ولذلك فان الشـــارع الحكيم جعل الفرار من الكبائر المنهى عنها حيث قال :

« يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير »(٢) •

وقال النبى ــ عليه الصـــلاة والســـلام ــ « اجتنبوا الســـبع الموبقات ••• »وذكر منها « والتولى يوم الزحف »(٣) •

---

(١) أيات الجهاد فى القرآن الكريم ص ١٢٥ د• كامل الدقن

(٢) سورة الأنفال الآيتان ١٥ ، ١٦ •

(٣) أخرجه البخارى (١٩٣/٢ ، ٣٦٣/٤) ومسلم ٦٤/١ وأبو داود ٢٨٧٤ والنسائى ١٣١/٢ والبيهقى فى السنن ٧٦/٩

راجع ارواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل جـ ٥ ص ٢٥ للألبانى ط • الأولى • بيروت ، نيل الأوطار جـ٧ ص ٢٥٢ للشوكانى •

وبناء على هذا :

فقد اختلفت كلمة الفقهـاء فى حكم الفرار عند لقاء الأعداء على قولين :

القـول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء : (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) وجماعة(٤) الى القول بتحريم الفرار عند لقاء الأعداء(٤) .

واشترطوا لذلك شرطان(٥) :

الشرط الاول :

أن يبلغ عدد المسلمين النصف من عـدد الكفار كمائة لمـائتين ، ومائتين لأربعمائة وهكذا .

الشرط الثانى :

ألا يقصد بالفرار التحيز(٦) الى فئة ، أو التحرف(٧) للقتال .

---

(٤) بدائع الصنائع جـ ٩ ص ٤٣٠٦ للكاسانى ، فتح القدير جـ٥ ص ٤٣٩ لكمال بن الهمام ، بداية المجتهد جـ ١ ص ٢٢٩ لابن رشـد ، جواهر الاكليل شرح مختصر خليل جـ ١ ص ٢٥٤ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٢٤٠ للخطيب ، المغنى جـ ٨ ص ٣٤٦ لابن قـدامة ، رحمـة الأمة فى اختلاف الأئمـة ص ٢٩٢ لأبى عبد الله محمـد بن عبد الرحمن الشـافعى ط . الثالثة .

(٥) قوانين الأحكام الشرعية ص ١٥٣ لابن جزى . وكذا المراجع السابقة ونفس الصفحات .

(٦) التحيز : الانضمام الى جماعة أخرى من الجيش للتعاون معها على القتال .

(٧) التحرف : أصل التحرف الزوال عن جهة الاستواء الى الطرف

أدلة هذا القول :

استدل جمهور الفقهاء أولا : على تحريم الفرار عند لقاء الأعداء بالكتاب والسنة .

١ — فالكتاب :

(أ) قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا (٨) فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله . ومأواه جهنم وبئس المصير » .

وجه الدلالة :

يستدل بهاتين الآيتين من وجهين (٩) :

الأول : أن المولى سبحانه وتعالى نهى المؤمنين فى الآية الأولى

=

أى الحرف والمراد به هنا الانعطاف عن موقعه الى موقع آخر خدعا للعدو بالفره مريد الكره والحرب خدعة .

وقال المرداوى « التحرف » أن ينحاز الى موقع يكون القتال فيه أمكن

وقال الشوكانى: هو أن يرى القتال فى غير موضعه أصلح فينتقل اليه

(٨) الزحف انبعاث من جر الرجل كانبعاث البعير اذا أعيا أو هو الدبيب فى السير ، سمى به الجيش الكثيف المتوجه الى العدو لكثرته وكثافته كأنه جسم واحد يزحف ببطء وان كان سريع السير .

صفوة البيان لمعانى القرآن (تفسير القرآن الكريم) ص ٢٣٥/٢٣٦ للشيخ حسنين مخلوف ط . الثالثة الكويت .

(٩) تفسير القرطبى جـ ٧ ص ٣٨٠ ، أحكام القرآن لابن العربى جـ ٢ ص ٨٤٣ .

عن الفـــرار عند التقاء الجمعـــين ، جمع المؤمنين وجمـــع الكافرين ، والأصل فى النهى أن يكون للتحريم ما لم يوجد صـــارف يصرفه الى غيره ولا صار هنا عنه فدل هذا على تحريم الفرار عند لقاء الكفار .

الثانى : أنه سبحانه وتعالى فى الاية الثانية قد توعد الفـــارين بأشد أنواع الوعيد وهو الغضب فى الدنيا والعـــذاب الأليم فى الدار الآخرة ، والتوعيد الشديد لا يكون الا على فعـل شىء محرم فيكون الفرار حراما .

(ب) وقوله تبارك وتعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون »(١٠) .

وجه الدلالة :

أن الله تبـــارك اسمه أمر المؤمنين بالثبـــات عند لقاء الكفـــار ومحاربتهم ، والأصل فى الامر الوجوب ما لم يوجد صـــارف يصرفه عنه ، ولا صارف هنا فدل هذا على أن الثبات أمام الأعداء واجب فيكون الفرار حراما(١١) .

ثانيا : السنة :

فقد روى عن أبى هريرة ــ رضى الله عنه ــ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

---

(١٠) الآية رقم ٤٥ من سورة الأنفال . والفئة : الجماعة من الناس وسميت بذلك لرجوع بعضهم على بعض فى التعاضد ـ صفوة البيان ٢٣٦

(١١) تفسير القرطبى جـ ٨ ص ٢٣ .

« اجتنبوا السبع الموبقات(١٢) ، قالوا وما هن يا رسول الله ، قال : الشرك بالله والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات »(١٣) .

وجه الدلالة :

أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قد أمر المؤمنين بالثبات وعدم الفرار عند لقاء الأعداء والأصل فى الأمر الوجوب فدل هذا على وجوب الثبات ، واذا كان الثبات أمام الأعداء واجبا فيكون الفرار عند لقائهم حراما(١٤) .

واستدلوا ثانيا على الشرط الأول :

وهو أن يكون عدد المسلمين على النصف من عدو الكفار بدليلين هما :

الأول : الكتاب :

قوله تعالى « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا ، فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصابرين »(١٥) .

---

(١٢) الموبقات : أى المهلكات . نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٥٢ .
(١٣) الحديث صحيح وقد سبق تخريجه .
(١٤) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٥٢ للشوكانى .
(١٥) الآية رقم ٦٦ من سورة الأنفال .

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى قد أمر في هذه الاية أن يكون عدد المسلمين على النصف من عدد الكفار والأمر يقتضي الوجوب فدلت هذه الآية على اشتراط العدد لتحريم الفرار والا كان الفرار مباحا .

الاعتــراض :

فان قيل ان هذه الاية ليست بأمر ، بل هي خبر فقد أخبــرنا سبحانه وتعالى ان المائة الصابرة من المؤمنين ستغلب مائتين من الكفار، وكذا الألف منا سيغلب ألفين منهم .

الجــواب :

فيجاب عن هذا الاعتراض بأن هذه الآية وان كانت خبرا لفظا فهي أمر معنى ، اذ لو كان المراد بها الخبر لما وقع خلاف المخبر عنه، لأن الخلف في اخباره تعالى محال ، لكنه وقع ، فقد لا تحصل الغلبة المسلمين في موطن يكون فيه العدد ضعف عدد العدو ، وبذا يكون المراد بها الأمر لا الخبر واذا كان كذلك ، فلابد لتحريم الفــرار من اشتراط العدد والا كان مباحا(١٦) .

الثاني : قول الصحابي :

فقد روى عن ابن عباس — رضي الله عنهما — أنه قال : « من فر من اثنين فقد فر ، ومن فر من ثلاثة فلم يفر(١٧) فدل هــذا على

---

(١٦) المغني لابن قدامة جـ ٨ ص ٤٨٣ .

(١٧) أخرجه البيهقي ٧٦/٩ ورواه الشافعي ١١٥٥ راجع : ارواء الغليل جـ ٥ ص ٢٨ ، نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٥٣ وقال صاحب ارواء الغليل واسناده صحيح وهو وان كان موقوفا فله حكم المرفوع .

أن اشتراط العدد شرط لتحريم الفرار عند لقاء الأعداء .

واستدلوا ثالثا :

على الشرط الثانى وهو ألا يقصد بالفرار التحيز الى فئة أو التحرف للقتال بالكتاب الكريم وهو قوله تعالى « الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة » .

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى بعد أن نهى المؤمنين عن الفرار أباحه لصنفين اثنين فقط :

الأول : المتحرف للقتال وهو الشخص الذى يفر مكيدة منه وخدعة للعدو والحرب خدعة كما قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم .

الثانى : المتحيز الى فئة : وهو الشخص الذى انحاز الى جماعة المسلمين وانضم اليهم حيث وجد نفسه فى مكان لو بقى فيه لقتل فيباح له عندئذ أن ينعطف الى جماعة المسلمين ليقوى بقوتهم ويتحمس بجماعتهم ، فدلت هذه الآية على اشتراط هذا الشرط والا كان الفرار مباحا (١٨) .

الثانى : ذهب ابن حزم الظاهرى (١٩) الى القول بتحريم الفرار عند لقاء الأعداء الا فى حالتين :

---

(١٨) تفسير القرطبى جـ ٧ ص ٣٨١ ، صفوة البيان لمعانى القرآن ص ٢٣٦ .

(١٩) المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

الأولى : التحيز الى جماعة المسلمين ، والثانية : التحرف للقتال مطلقا أى من غير اشتراط العدو ، فان نوى غير ذلك أى الفـرار من لقاء الأعداء فهو فاسق ما لم يتب ويرجع الى الله تعالى .

دليلـه :

واستدل ابن حزم لرأيه بالكتاب وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير »(٢٠) .

وجه الدلالة :

ان المولى سبحانه وتعالى نهى المؤمنين عن الفرار الا فى حالتين هما : التحيز والتحرف والأصل فى النهى التحريم فدلت هذه الآيـة على تحريم الفرار عند لقـاء الأعـداء الا فى حالتى التحيز والتحرف مطلقا بدون اشتراط عدد معين .

مناقشة أدلة الرأى الأول :

ناقش ابن حزم الظاهرى ما استدل به الجمهور على اشـتراط العدد من وجهين :

الوجه الأول بالنسبة للكتاب فقال :

ان آية التخفيف « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضـعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصـابرين » التى اسـتدللتم بها معناها أن

---

(٢٠) سورة الأنفال الآية ١٥ ، ١٦ .

المولى سبحانه وتعالى علم أن فينا ضعفا فخفف عنا ، ولم يقل لنا فيها أن المائة لا تغلب أكثر من مائتين ، ولا أن الألف لا تغلب أكثر من ألفين ، ومن ادعى هذا في الآية فقد أبطل وادعى ما ليس فيها منه أثر ولا اشارة ولا نص ولا دليل بل قال سبحانه وتعالى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين »(٢٢)

الوجه الثانى بالنسبة لقول الصحابى :

فيرد بأن هذا قول صحابى :

والحجة فى قول النبى — صلى الله عليه وسلم — لا فى قول أحد سواه • ورسول الله — عليه الصلاة والسلام — لم يشترط العدد كما دل على ذلك ما تقدم من حديث(٢٣) أبى هريرة مرفوعا « اجتنبوا السبع الموبقات » اذن فالعدد ليس بشرط •

الراجح :

وبعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلة كل ، وناقشنا ما استدل به الجمهور على اشتراط العدد يتبين لنا أن ما ذهب اليه ابن حزم الظاهرى وهو أنه لا يشترط لتحريم الفرار عند لقاء الأعداء العدد هو الأولى بالاتباع ومما يؤيد ذلك أن الأمر فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا » يوجب الثبات فى جميع الأحوال أيا كان عدد المسلمين ، وعدد من يقاتلهم لأنه أمر مطلق ، ثم أراد الله تعالى أن يضع حدا لهذا الأمر فبين فى قوله تعالى « يا أيها النبى

---

(٢١) الآية رقم ١٧٧ من سورة البقرة •

(٢٢) المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ •

(٢٣) انظر ارواء الغليل جـ ٥ ص ٢٩ للألبانى •

حرض المؤمنين على القتال ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين، وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون »(٢٤) .

فيكون الحد الذي يجب الثبات أمامه عشرة أمثال ، الا أن هذا البيان لم يأت بصيغة الأمر الصريح بل جاء ذلك على صورة الخبر لأن المراد بعث الحمية فى أنفس المقاتلين والهاب الغيرة فى صدورهم ولما علم الله جل شأنه أن فى المقاتلين ضعفا لم يكن موجودا خفف عنهم حيث قال : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصابرين » فالضعف الحادث هو الذى اقتضى التخفيف .

وعلى هذا يكون حكم الآية الثانية التخفيف لعارض ، مع بقاء حكم الآية الأولى عند زوال العارض فاذا انتفى الضعف الذى كان سببا فى التخفيف كان على المقاتلين حينئذ الثبات أمام الأعداء لعشرة أمثال عملا بنص الآية الأولى ، لأن العشرين فى الاية الأولى موصوفة بالصابرين ، وكذلك المائة فى الاية الثانية موصوفة بكونها صابرة،فمتى وجدت صفة الصبر ثبت الحكم الأول لأن الصبر من لوازم القتال ومن أهم أسباب النصر .

فان قيل : ان الآية الثانية ناسخة للأولى : قلنا هذا بعيد ولم يقل بذلك جمهور العلماء(٢٥)

(والله أعلى وأعلم)

---

(٢٤) سورة الأنفال الآية رقم ٦٥ .

(٢٥) الجهاد فى الشريعة الاسلامية ص ٩٣ ، ٩٤ .

المطلب الثـــانى

آداب القتال فى الاسلام

من القواعد الاسلامية الحكيمة التى بنى أمر القتال عليها تجنب قتل من لم يقاتل من الأعداء ، اذ المقصود من شرعية القتال اعـــلاء كلمة الله فى الأرض ، والقضــــاء على ظلمـــات الشرك عملا بقـــوله سبحانه(١) « وقاتلوهم حتى تكون فتنة ويكون الدين لله » •

لذا فقد أباح الاسلام قتل كل من صد عن سبيل الله ووقف فى وجه الدعوة الاسلامية وحرم قتل من لم يقاتل من النساء والصـــبيان والزمنى والرهبان والأجراء والشــــيوخ ومن على شاكلتهم فهـــؤلاء لا يقتلون لأنهم ليسوا من أهل القتال •

وسنبين أقوال الفقهاء وأدلتهم بشىء من التفصيل على النحو التــــالى :

أولا : المرأة والصبى :

(أ) فى حالة عدم مباشرة القتال من المرأة والصبى :

اتفق الفقهاء(٢) على أنه لا يجوز قتل المرأة ما لم تقاتل وكذا الصبى الذى لم يبلغ حد التكليف •

---

(١) سورة البقرة الآية ١٥٣ •

(٢) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٩٢ لأبى محمد بن عبدالرحمن الشافعى ط • الثالثة ، فتح القدير جـ ٥ ص ٤٥١ ، بداية المجتهد جـ١ ص ٣٢٧ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٢ ، المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص٤٧٧ المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٢٨٦ •

الأدلــــة :

واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول :

أ ــ السـنة :

أما السنة فقد اشـتملت على عدة أحاديث تدل على عدم جواز قتل المرأة اذا لم تقاتل وكذا الصبى منها :

(أ) ما روى عن أنس ــ رضى الله عنـه ــ أن رسـول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : انطلقوا باسم الله ، وعلى ملة رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة(٣) .

(ب) ما روى عن ابن عمـر ــ رضى الله عنهما ــ أنه قال : وجدت امرأة مقتـولة فى بعض(٤) مغازى رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فنهى رسول الله ــ عليه الصلاة والسلام ــ عن قتل النساء والصبيان »(٥) .

(جـ) وجاء فى رواية رباح بن الربيع قوله ــ صلى الله عليـه

---

(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٦ والحديث رواه أبو داود .

(٤) غزوة فتح مكة . زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم جـ ٥ ص ٥٤٦ .

(٥) رواه الجماعة الا النسائى .

راجع : زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم جـ ٥ ص ٢٤٦ ، نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٦ ،، ارواء الغليل جـ ٥ ص ٣٤ ، احكام الأحكام جـ ٢ ص ٢٣١ لابن دقيق العيد ط الأولى ــ دار الشعب .

وسلم ـــ ما كانت هذه لتقاتل ، فلم قتلت(٦) ؟

وجه الدلالة :

لقد نهى النبى ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ فى هذه الأحاديث عن قتل النساء والصبيان فى حالة عدم مباشرتهم للقتال ـــ « ما كانت هذه لتقاتل فلم قتلت ؟ وان كان هذا بخصوص النساء فكذلك الصبيان فالعلة وهى الضعف واحدة ، سواء أكان النهى بطريق التصريح كما فى الحديث الثانى أم بطريق الاستنباط كما فى الحديثين الأول والثالث .

والأصل فى النهى التحريم ما لم يوجد صارف ، ولا صارف هنا فدلت هذه الأحاديث دلالة واضحة على تحريم قتل كل من المرأة والطفل اذا لم يباشرا القتال .

٢ ـــ المعقول :

وأما المعقول فهو أن لفظ قاتل(٧) **لا يحصل فى الغالب الا من** اثنين كالمخاصمة والمشاتمة .

والمرأة ليست من طبيعتها القتال لضعفها فهى ليست أهلا له وكذا الصبى الذى لم يبلغ حد التكليف .

فالقتال منهما غير متصور فى الغالب ، فلا يجوز قتل واحد منهما

---

(٦) أخرجه أحمد وابن حبان والحاكم وأبو داود والنسائى والبيهقى تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٠٢ لابن حجر العسقلانى ارواء الغليل ج ٥ ص ٣٥ ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٦ وقال الحاكم « صحيح على شرط الشيخين » ووافقه الذهبى .

(٧) تفسير القرطبى ج ١ ص ٣٣٨ .

ولهذا يقول صاحب بدائع الصنائع(٨) : « والأصل فى ذلك أن من كان من أهل القتـال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقـاتل ، وكل من لم يكن من أهله لا يحـل قتـله الا اذا قاتل حقيقـة أو معنى بالرأى والطاعة والتحريض وما شابه ذلك •

(ب) مباشرة القتال من المرأة والصبى :

فاذا باشرت المرأة القتال فانها تقتل وكذا الصبى ان قاتل قتل وذلك باتفاق الفقهاء أيضا(٩) •

وقال المالكية(١٠) ان باشرت المرأة القتال بسلاح قتلت وان كانت المباشرة برمى حجر فلا تقتل واسـتدل الفقهـاء على جواز قتل المرأة والصبى حالة مباشرتهما للقتال بالكتاب والسنة والمعقول •

أولا : الكتاب :

فالكتاب قوله سبحانه وتعالى « وقاتلوا فى سـبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين »(١١) •

وجه الدلالة من هذه الآية :

أن لفظ (قاتلوا) عام يشمل قتل كل مقاتل للمسلمين سـواء

---

(٨) جـ ٥ ص ٤٣٠٧ •

(٩) رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٩٢ •

(١٠) حاشـية الدسـوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ١٧٦ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ١ ص ٥٢٤ مكتبة الكليات الأزهرية ،، الشرح الصغير لسيد أحمد الدردير جـ ٢ ص ١٦٧ مكتبة محمد على صبيح بميدان الأزهر

(١١) آية ١٩٠ من سورة البقرة •

أكان طفلا أم امرأة ، والله سبحانه وتعالى قد أمرنا بقتـاله ، فى هذه الآية دلالة على جواز القتل لكل من المرأة والصبى اذا باشرا القتال .

ثانيا : السنة :

وأما السنةما روى عن عكرمة أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال : من قتل هذه؟ فقال رجل أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلفى ، فلما رأيت الهزيمة فينا أهوت الى قائم سيفى لتقتلنى فقتلتها فلم ينكر عليه رسـول الله ـ صلى الله عليه وسلم »(١٢) .

وجه الدلالة :

أن الرسول عليه الصلاة والسلام لما أخبره الرجل بقتـل المرأة التى أرادت قتله لم ينكر عليه ذلك بل أقره على صنيعه هذا ، وتقريره عليه الصلاة والسلام حجة يستدل بها فدل ذلك على جواز قتل المرأة اذا ما قاتلت .

ثالثا : المعقـول :

وأما المعقول : فهو أن للمرأة قوة عظمى فى القتال ، وهذا يتطلب أنها اذا ما قاتلت حل قتلها جزاء فعلها وفى هذا الشأن يقول ابن‌العربى فى تفسيره(١٣) « وللمرأة آثار عظيمة فى القتال منها الامداد بالأموال

---

(١٢) انظر نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٧ . والحديث رواه أبو داود فى مراسيله من رواية عكرمة ، ووصله الطبرانى فى الكبير من حديث مقسم عن ابن عباس ـ رضى الله عنهما انظر : تلخيص الحبير ٤/١٠٢
(١٣) أحكام القرآن لأبى العربى جـ ١ ص ١٠٥ .

ومنها التحريض على القتال فقد كن يخرجن ناشرات شعورهن ناديات بالثأر مثيرات له معيرات بالفرار وذلك يحسن قتلهن » •

ثانيا : الرهبان ، والزمنى والشيوخ الكبار والأجراء :

نفرق فى هذا بين حالتين :

الحالة الأولى : مباشرتهم للقتال حقيقة أو معنى •

الثانية : عدم مباشرتهم له •

ففى الحالة الأولى(١٤) اتفق الفقهاء على جواز قتل الراهب والمريض والشيخ الفانى والأجير وغيرهم من أهل الحرب اذا باشروا القتال حقيقة أو معنى بأن كان لهم رأى ومشورة فى الحرب •

وأستدلوا لذلك :

بما روى عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه لما فرغ من حنين بعث أباعامر على جيش أوطاس ملقى دريد بن الصمة وقد كان نيفه على المائة وقد أحضروه ليدبر لهم الحرب فقتله أبو عامر ولم ينكر ـ النبى صلى الله عليه وسلم ذلك عليه ـ »(١٥) •

---

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٤٧٨ ، بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٣٠٨ ، الفتح القدير ج ٥ ص ٤٥٣ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ١ ص ٥٢٥ ، رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ص ١٩٢ •

(١٥) نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٨ ، تلخيص الحبير ج ٤ ص١٠٣ من حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه •

وجه الدلالة :

لما قتل أبو عامر دريد بن الصمة مع كونه زاد عن المائة سنة لم ينكر عليه رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم بل أقره على صنيعه هذا وتقريره عليه الصلاة والسلام حجة يستدل بها فدل هذا على جواز قتل الشيخ الفانى وما شابهه اذا اشترك فى القتال ولو بالمشورة والرأى لأن المشورة والرأى أعظم أثرا فى الحرب من القتال .

أما فى حالة عدم مباشرتهم للقتال فقد اختلف الفقهاء على قولين:

الأول : ذهب الامام أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل والشافعى فى احدى الروايتين عنه بأنه لا يجوز قتلهم(١٦) .

الثانى : ذهب الامام الشافعى فى أصح الروايتين له والظاهرية وابن المنذر الى القول بأنه يجوز قتلهم(١٧) .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف فى هذه الحالة بالسنة وذلك فيما يأتى :

١ ــ ما روى عن ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ أنه قال : كان رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ اذا بعث جيوشه قال : اخرجوا باسم الله تعالى تقاتلون فى سبيل الله من كفر بالله ،

---

(١٦) بدائع الصنائع جـ ٤٣٠٧/٩ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٧٦/٢ ، المغنى لابن قدامة ٢٩٦/٨ .

(١٧) نهاية المحتاج جـ ٦٤/٨ ، والمحلى لابن حزم جـ ٢٩٦/٧ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

ولا تغدروا ولا تغلوا ، ولا تمثلوا ، ولا تقتلوا الولدان ولا أصحاب الصوامع »(١٨) .

٢ ـ ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : « انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا تقتلوا شيخا فانيا ، ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ، ولا تغلوا ، وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا ان الله يحب المحسنين »(١٩) .

٣ ـ وجاء فى حديث رباح بن الربيع النهى عن قتل العسيف(٢٠) فى قوله عليه الصلاة والسلام لأحد أصحابه « ألحق خالدا فقل له لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا »(٢١) .

٤ ـ ما روى عن أبى بكر الصديق ـ رضى الله عنه ـ أنه أوصى يزيد بن أبى سفيان حينما أرسله الى الشام بقوله « ستجد قوما حبسوا أنفسهم فدعهم وما حبسوا أنفسهم له »(٢٢) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث اشتملت على النهى الذى يدل فى الأصل على

---

(١٨) انظر تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٠٣ والحديث رواه الامام أحمد نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(١٩) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٤٦ ، تفسير القرطبى ج ٢ ص ٢٨٠ سنن أبى داود ج ٦/٢ ، أحكام القرآن لابن العربى ج ١٢ ص ١٠٥ .

(٢٠) العسيف : هو الأجير لفظا ومعنى ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٤٨ المصباح المنير ص ٤٨٧ .

(٢١) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٤٦ ، أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٦

(٢٢) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة .

التحريم وبذلك تكون قد دلت على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف في حالة عدم مباشرتهم للقتال سواء أكان بالحقيقة أم بالرأى والمشورة

أدلة القول الثانى :

استدل أصحاب هذا القول على جواز قتلهم بالكتاب والسنة .

أولا : الكتاب :

وأما الكتاب فقوله تبارك وتعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم »(٢٣) .

وجه الدلالة :

أن المولى سبحانه وتعالى أمر المسلمين بقتال المشركين والأمر هنا عام يشمل كل مشرك بلا استثناء ، فلا فرق بين الشيخ والشاب والراهب وغيره أو الذكر والأنثى والصحيح والزمن ، فدلت هذه الآية على جواز قتلهم مطلقا بلا استثناء .

ثانيا : السنة :

وأما السنة فقوله — صلى الله عليه وسلم — « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله »(٢٤)

وجه الدلالة :

أن لفظ الناس عام أريد به خاص وهم المشركون فدل هذا الحديث

---

(٢٣) آية رقم ٥ من سورة التوبة .

(٢٤) تلخيص الحبير ج ٤ ص ٨٧ . زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم ج ١ ص٥٥ عن عمرو وأبى هريرة وابن عمر رضى الله عنهم

على قتل كل من اتصف بهذا الوصف وهو الشرك أيا كانت شخصيته راهبا أو غيره .

سبب اختلاف الفقهاء فى ذلك(٢٥) :

بعد أن عرضنا أدلة القائلين بجواز قتل هؤلاء الأصناف السابق ذكرهم ، وأدلة القائلين بعدم جواز قتلهم يتبين لنا أن السبب فى اختلافهم يرجع الى التعارض بين الأدلة وذلك من وجهين :

الوجه الأول :

معارضة الأحاديث التى استدل بها الفريق الأول للعموم المستفاد من الكتاب والسنة وذلك فيما ذكرنا من أدلة الفريق الثانى ، فهذه الأحاديث معارضة لعموم الكتاب وذلك فيما ذكرنا من قوله تعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » فظاهر هذه الآية تدل على جواز قتل كل مشرك بلا استثناء .

ولعموم السنة وهو حديث ابن عمر السابق ذكره « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله » فهو يدل على جواز قتل كل مشرك وهى تدل كما أوضحنا على عدم جواز قتل هؤلاء الأصناف .

دفع هذا التعارض :

ويمكن لنا دفع هذا التعارض فنقول : أن من ذهب الى القول

---

(٢٥) تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٣٣٨ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ ١ ص ٥٧٥ .

بعدم جواز القتل لمن ذكروا يرى أن هذه الأحاديث التى استدل بها لمذهبه مخصصة للعموم المستفاد من الكتاب والسنة ومن ذهب الى القول بجواز القتل يرى أن هذه الأحاديث لا تصلح فى نظره أن تكون مخصصة لا لعموم الكتا بولا للسنة وذلك اما لعدم ثبوتها ، واما لنسخها •

وغير الثابت والمنسوخ لا يصح الاستدلال به •

الوجه الثانى :

وهو الأولى هو معارضة الكتاب للكتاب •

فقوله سبحانه وتعالى : « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين »(٢٦) معارض لقوله سبحانه وتعالى : « فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم »(٢٧) •

فمن ذهب الى القول بجواز القتل (الشافعى ومن معه) يرى أن آية البقرة منسوخة بآية التوبة التى تدل بعمومها على جواز قتل المشركين مطلقا •

ومن ذهب الى القول بعدم جواز قتلهم وهم (جمهور الفقهاء) يرى أن آية البقرة محكمة لا نسخ فيها وأنها لا تشمل هؤلاء الأصناف الذين لم يقاتلوا وأنها مستثناء من عموم آية التوبة •

---

(٢٦) آية رقم ١٩٠ من سورة البقرة •

(٢٧) آية رقم ٥ من سورة التوبة •

وبهذا قال ابن عباس وعمر بن عبد العزيز ، ومجاهد وهو أصح القولين كما قال أبو جعفر النحاس(٢٨) .

والراجح :

بعد أن عرضنا أقوال الفريقين وذكرنا أدلة كل فريق على حده وبينا سبب الاختلاف بين هذه الأدلة ودفعنا التعارض يظهر لنا أن القول بعدم جواز قتل هؤلاء الأصناف السابق ذكرهم هو الراجح وذلك لأنهم ليسوا بأهل للقتال حيث لا طاقة لهم به فيكون قتلهم فيه اعتداء عليهم .

وقد نهينا عنه بقوله تعالى : « ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين » .

والله أعلم بالصواب

ثالثا : حكم المستشار الحربى :

بالنظر الى المستشار الحربى نجد أنه محارب لأنه وان كان لا يشترك فى القتال بالفعل لكنه يشترك بالرأى لأن الحرب كما تحتاج الى أسلحة ورجال كذلك فانها تحتاج الى تخطيط حربى دقيق .

وعمل المستشار الحربى هو رسم الخطط الحربية التى يقوم المجاهدون بتنفيذها ، ومما لاشك فيه أن الرأى أعظم المعونة فى الحرب عليه يتوقف تحقيق النصر أو الهزيمة لذلك أمر النبى — صلى الله عليه وسلم — بقتل دريد بن الصمة مع أنه كان شيخا كبيرا لأنه كان ذا رأى حتى صدره قومه للمشورة(٢٩) .

---

(٢٨) تفسير القرطبى ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢٩) انظر : سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٤٥٣ ، والأم للشافعى ج ٤ ص ٢٤٠ .

وأما غير المقاتلين الذين لا يشتركون فعـلا فى الحرب ، كرئيس الدولة ، والأطبـاء والصيادلة العسكريين ورجال البريد العسـكرى هؤلاء وان لم يقاتلوا فعلا فهم من المحاربين •

لأن رئيس الدولة يقوم بتقوية الروح المعنوية للجيش ، والأطباء ونحوهم يقدمون خدمات للمحاربين يترتب عليهـا أن يعـود الجريح صحيحا الى معركة ثانية فيزيد من قوة العدو •

والحكم بقتل هؤلاء يتفق مع الروح العامة عند الفقهاء ويتلاءم مع واقع الحروب الاسلامية •

ولكن بعض الباحثين يرى أن يسلك مع الأطباء والمرضين خاصة فى وقتنا الحاضر مسلكا يتسم بالتسامح فلا يقتلون وانما يؤخذون أسرى حتى تنقضى الحرب لأن عملهم فى الغالب الأعم انسانى يشـمل الطرفين المتحاربين (٣٠) •

والقانون الدولى اعتبر هؤلاء محاربين ولهم الحق فى المعاملة التى يلقاها أسرى الحرب •

لكن الاسلام قد وجه اهتمامه الى حسـم مادة الحرب فى أقرب وقت فأجاز قتل من يعتبر فى حكم المقاتلين مثل هؤلاء • واقتصر القانون الدولى على أن يؤخذوا أسرى حرب (٣١) •

---

(٣٠) انظر : السياسة الشرعية للمرحوم عبد الوهاب خلاف ص ٨٩ المكتبة السلفية عام ١٣٥٠هـ •

(٣١) انظر : آثار الحرب فى الفقه الاسلامى ص ٥٥ للدكتور وهبة الزحيلى •

رابعا : حكم الرسل فى الحرب :

أجمع الفقهاء على أن الرســل لا يقتلون (٣٢) واستدلوا على ذلك بما روى عن أبى وائل قال : لمــا قتل عبد الله بن مســعود ابن النواحة قال : ان هذا وابن آثال قد كانا أتيا رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ رسولين لمسيلمة فقال لهما رسول الله ــ صلى الله عليــه وسلم ــ لو كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما (٣٣) .

هذه السنة التى سنها النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ واتبعهــا صحابته قــد درجت على جميــع الممثلين الدبلوماسيين والأجانب حتى ولو لم تراع دولة هؤلاء المعاملة بالمثل لذا منع الغدر برســل الأعداء هذا مما لاشك فيه اسمى مما نراه فى القوانين والاعراف الدولية .

خامسا : النهى عن التمثيل فى الحرب :

ومن الآداب الاسلامية فى القتال النهى عن التمثيل بجثث القتلى من الأعداء .

وقد أجمع (٣٤) الفقهــاء على تحريم المثلة واســتدلوا على ذلك بمــا يأتى :

١ ــ ما روى عن صفوان بن عســال قال : بعثنا رسول الله صلى

---

(٣٢) انظر : نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٦١ ، والمهذب للشيرازى جـ٢ ص ٢٣٤ وحاشية البيجرمى جـ ٤ ص ٤٥٣ والبحر الزخار جـ ٥ ص٣٩٨

(٣٣) رواه أحمد والحــاكم من حديث ابن مســعود رضى الله عنه . وأبو داود والنسائى ــ راجع تلخيص الحبير جـ ٤ ص ١٠٣/١٠٤ .

(٣٤) انظر : نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ٢٤٩ ، سبل السلام للصنعانى جـ ٤ ص ٤٦ .

الله عليه وسلم — فى سرية فقال : « سيروا باسم الله وفى سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ، ولا تمثلوا ولا تغدروا ، ولا تقتلوا وليدا » (٣٥) .

٢ — ما روى عبد الله بن زيد قال : نهى النبى — صلى الله عليه وسلم — عن النهب والمثلة(٣٦) .

٣ — ما روى عن عمران بن حصين قال : كان النبى — صلى الله عليه وسلم — يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة (٣٧) .

٤ — ما روى أن عمر بن الخطاب قال لرسول الله — صلى الله عليه وسلم — دعنى أنتزع ثنية سهيل بن عمرو يدلع لسانه فلا يقوم عليك خطيبا فى موطن أبدا فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لا أمثل به فيمثل الله بى وان كنت نبيا (٣٨) .

٥ — ما روى عن على بن أبى طالب قال كان رسول الله — صلى الله عليه وسلم — اذا بعث جيشا من المسلمين الى المشركين قال : « انطلقوا باسم الله ... ولا تغورن عينا ولا تعقرن شجرا الا شجرا يمنعكم قتالا أو يحجز بينكم بين المشركين ولا تمثلوا بآدمى ولا بهيمة (٣٩) .

---

(٣٥) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٨ مكتبة دار التراث بالقاهرة كنز العمال جـ ٤ ص ٣٩١ .

(٣٦) سبل السلام جـ ٤ ص ٤٦ .

(٣٧) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٤٧

(٣٨) البداية والنهاية جـ ٣ ص ٣١٠ لابن الأثير .

(٣٩) رواه البيهقى فى السنن الكبرى جـ ٩ ص ٩١ ، كنز العمال جـ ٤ ص ٤٧٨ .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث كلها مروية عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وهى تنهى عن التمثيل فى الحروب والنهى فى الأصل للتحريم مالم يكن هناك صارف الى غيره ولا صارف هنا فدلت هــذه الأحاديث كلها على تحريم المثلى فى الحروب •

التعذيب بالنار :

ومما يتصل بتحريم المثلة التعذيب بالنار فقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم ــ عن التحريق بالنار أشد النهى واعتبره اعتداء على حق الألوهية وهاك الأحاديث التى تدل على نهى التحريق بالنار فيما يلى :

١ ــ ما روى عن رسول الله ــ صلى الله عليــه وسلم أنه قال : ولا ينبغى أن يعذب بالنار الا رب النار (٤٠) •

٢ ــ ما روى ابى هريرة رضى الله عنه ــ قال :بعثنا رسول الله ــ صلى الله عليــه وسلم ــ فى بعث فقــال : ان وجــدتم فلانا وفلانا فأحرقوهما بالنــار ، ثم قال حين أردنا الخروج انى كنت أمرتكم أن تحرقوا فلانا وفلانا ، وان النار لا يعذب بها الا الله ، فان وجدتموهما فاقتلوهما (٤١) •

ــ ما روى عن على ــ رضى الله عنــه ــ أتى بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ لا تعذبوا بعذاب الله (٤٢) •

---

(٤٠) نصب الراية للزيلعى ج ٣ ص ٤٠٧ •

(٤١) أخرجه البخارى • انظر فتح البارى ج ٦ ص ١٤٩ ، نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٤٨ •

(٤٢) أخرجه البخارى • انظر فتح البارى ج ٦ ص ١٥١ •

وجه الدلالة :

ان هذه الأحاديث وان كانت أخبارا الا أنها بمعنى النهى والنهى فى الأمثال للتحريم مالم يكن هناك صارف ولا صارف هنا فدلت هـذه الأحاديث على تحريم التعذيب بالنار •

وان قيل أن النبى — صلى الله عليه وسلم — سمل أعين العرنيين بالحديد •

يجاب على ذلك بما يأتى :

١ — أن حديث العرنيين منسوخ بالأحاديث السابقة لما ورد فى لفظ البيهقى قال أنس ما خطبنا رسول الله — صلى الله عليـه وسلم — بعد هذا خطبة الا نهى نهيا عن المثلة (٤٣) •

٢ — واما أن يكون من باب المعاملة بالمثـل عقوبة على جريمتهم قال ابن حجر ومال جمـاعة منهم ابن الجوزى الى أن ذلك وقع عليهم على سبيل القصاص لما عند مسلم من حديث سليمان التميمى عن أنس « انما سمل النبى — صلى الله عليه وسلم — أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاه (٤٤) •

٣ — قال أسـتاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة أن حديث العرنيين مع اتفاقنا عليه فهو خبر آحاد ، واذا تعارض خبر الأحاد مع مبادىء الاسلام المقررة الثابتة من عدة طرق عن النبى — صلى الله عليه وسلم — فى النهى عن المثلة والاحسان الى المقتول ، فانه لا يؤخذ به ولا نقبل روايته ويكون ذلك طعنا فى نسبته (٤٥) •

---

(٤٣) ذكر ذلك الزيلعى فى نصب الراية ج ٣ ص ٣٨٥ •
(٤٤) انظر : فتح البارى ج ١ ص ٢٩٠ تحقيق سيد صقر •
(٤٥) انظر : كتابه أبو حنيفة ص ٢٥٠ •

نقل رؤوس القتلى :

ومما يتصـــل بالمثلة نقـــل رؤوس القتلى من بلادهـــم الى بلاد المسلمين •

فقد كره الفقهاء ذلك واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١ ـــ ما روى البيهقى عن عبد الله ، رضى الله عنه قال : قال : رسول الله ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ أعف الناس قتلة أهل الايمان(٤٦)•

وجه الدلالة : هذا الحديث يدل على تحريم المثلة وحمل الرؤوس من بلادهم الى بلاد المسلمين •

٢ ـــ ما روى عن الزهرى أنه قال : لم يحمل الى النبى ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ رأس قط وحمل الى أبى بكر الصديق فأنكره وأول من حملت اليه الرؤوس عبد الله بن الزبير (٤٧) •

وجه الدلالة : أن عدم حمل رأس الى رسول الله ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ وانكار سيدنا أبى بكر ذلك حينما حمل اليه دليل على كراهية نقل الرؤوس من بلادهم الى بلاد المسلمين •

بهذا يتضح لنا الفرق بين تعاليم الاسلام التى تهدف الى المحافظة على كرامة الانسان التى منحها الله له بمقتضى انســانيته حيث قال الله سبحانه وتعالى : « ولقد كرمنا بنى آدم » (٤٨) وليس من الغريب أن

---

(٤٦) انظر : سنن البيهقى ج ٩ ص ٧١ •

(٤٧) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٤٩٤ •

(٤٨) الآية ٧٠ من سورة الاسراء •

تحترم الكرامة الانسانية فى الحروب الاسلامية ، لأن الحرب فى نظر الاسلام انما هو وسيلة يلجأ اليها عند الضرورة .

هذه هى تعاليم الاسلام السامية والتى تخالف بلا شك تعاليم الأمم المتحضرة المبنية على الظلم والبغى والعدوان لأنها مستمدة من الطبائع البشرية .

اذا فانهم يقتلون النساء والصبيان والشيوخ والعجزة وغيرهم، بل وينتهكون أعراض النساء ويمثلون بجثث القتلى ويشوهونها .
والله أعلم بالصواب

المطلب الثالث : أسباب النصر فى الاسلام :

تمهيد : شرع الله سبحانه وتعالى الجهاد وبين لنا الغرض منه وهو أن يكون فى سبيل الله والانتصار على العدو لاظهار الحق وازهاق الباطل، ومن المعلوم أن الصراع بين الحق والباطل سنة من سنن الاجتماع البشرى ، وقد حث الله سبحانه عباده على السير فى الأرض والتأمل فيما حل بالأمم السابقة قبلهم ليحصل لهم العلم الصحيح المبنى على المشاهدة والاختبار ، ويسترشدوا بذلك الصراع الذى وقع بين الحق والباطل فى الأمم السابقة حيث انتصر أهل الحق على أهل الباطل بتمسكهم بسنن الله واتباع ما أمر الله به من الاستعداد للحرب واعداد العدة لقتال العدو (١) .

قال تعالى : « قد خلت من قبلكم سنن فسيروا فى الأرض فانظروا كيف كان عاقبة المكذبين ، هذا بيان للناس وهدى وموعظة للمتقين » (٢)

---

(١) انظر : تفسير المراغى ج ١ ص ٧٤ .
(٢) الآيتان ١٣٧ ، ١٣٨ من سورة آل عمران .

وقال أيضا : « ولو قاتلكم الذين كفروا لولوا الأدبار ثم لا يجدون وليا ولا نصيرا سنة الله التى قد خلت من قبل وان تجد لسنة الله تبديلا » (٣) .

وقد وعد الله تعالى بنصر الحق على الباطل مهما كانت له من صولة وجاء هذا الوعد على ألسنة رسله جميعا قال الله تعالى : « ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين انهم لهم المنصورون وان جندنا لهم الغالبون » (٤) فالله سبحانه وتعالى جعل نصر عباده الذين يجاهدون فى سبيله ظاهرة كونية وسنة من سنن الوجود ولا تتغير ولا تتبدل . وفى هذا يقول بعض الباحثين : بالنظر فى الآيات الواردة فى هذا الشأن نجد أنها أرشدت بأن الله سبحانه وتعالى انما ينصر بمقتضى سنته فى خلقه من ينصره ويتقيه باقامة العدل واقرار الأمن وبث الطمأنينة ولا يتخذ الحرب أداة للتخريب والافساد وانما وسيلة الى عمارة الكون وانفاذ أمر الله فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر (٥) ويقول أيضا (٦) وفى القرآن الكريم آيات كثيرة تحمل عدة الله لعباده المؤمنين بالنصر والتأييد وعلو الكلمة ونفود السلطان ، ولكنها لم تجعل هذه العدة منحة تنزل عليهم من السماء لمجرد أن يقولوا ربنا الله أو لمجرد أنهم منتسبون الى دين الله ، وانما جعل عدة النصر لمن عرف واجب الايمان فى حق نفسه ، ثم أخلص فى القيام بهذا الواجب حينئذ يكون قد أوفى بعهد الله فيوفى بعهده قال تعالى : « وأوفوا بعهدى أوف بعهدكم » (٧) ولهذا نفى القرآن الكريم أن يكون نصر الله بمجرد

---

(٣) سورة الفتح الآية ٢٢ ، ٢٣ .
(٤) سورة لاروم الآية ٤٧ .
(٥) راجع : تفسير القرآن الكريم للشيخ شلتوت ص ٣٤٤ .
(٦) راجع من توجيهات الاسلام ص ٣٧٢ .
(٧) سورة البقرة الآية ٤٠ .

الانتماء الى دين أو كتاب أو بالتمنى والأمان حيث قال جل شأنه « ليس بأمانيكم ولا أمانى أهل الكتاب من يعمل سوءا يجز به ولا يجد له من دون الله وليا ولا نصيرا ، ومن يعمل من الصالحات من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيرا » (٨) .

والباحث المتأمل اذا دقق النظر فى آيات الجهاد الواردة فى القرآن الكريم ، يجد أنها رسمت طريق النصر واضحا جليا ، وبينت أسباب الهزيمة وهى بحق تعد دستورا كاملا للنصر وأسباب الهزيمة (٩) .

ويستنتج من كل ما سبق أن النصر فى الجهاد يرتكز على دعامتين أساسيتين هما :

١ ــ الاعداد المادى .

٢ ــ الاعداد المعنوى .

وسوف نتكلم بشىء من التفصيل عن كل واحدة نهما .

أولهما : الاعداد المادى :

من أسباب النصر فى الجهاد الاستعداد لملاقاة الأعداء عملا بقوله تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لا تعلمونهم الله يعلمهم وما تنفقوا من شىء فى سبيل الله يوف اليكم وأنتم لا تظلمون »(١٠) .

---

(٨) سورة النساء الآيتان ١٢٤ ، ١٢٤ .

(٩) راجع آيات الجهاد ص ١١١ .

(١٠) سورة الأنفال الآية رقم ٦٠ .

أمر الله سبحانه وتعالى عباده المؤمنين فى هـذه الآية الكريمة أن يستعدوا لقتال عـدوهم الذى لابد منـه لنصر الحق والعـدل وبث الطمأنينة بين الناس ، ودفع عدوان المعتدى وشره ، وانما أمـر الله سبحانه وتعالى بذلك لأن الاعداد للحرب وسيلة من أقوى الوسـائل لتجنبها ولا يخفى أن الذى قرر هذا المبدأ هو الحكيم العليم بخفـايا النفوس والنفس الانسانية قد يردعها الخوف فيثنيها عن الاعتـداء فيكون ذلك مدعاة الى المعيش فى أمن وسلام •

(وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) بالنظر فى هذا النص القرآنى الكريم نجد أنه ترك تحديد القوة المطلوبة لأن الاعداد يختلف باختلاف درجات الاستطاعة ونوع القوة فى كل زمان ومكان

لذا : فانه يجب على الأمة الاسلامية أن تحشـد كل ما تستطيع حشده من قوة لمواجهة عدوها فى حدود طاقتها بحيث لا تقصر فى اتخاذ أى سبب من أسباب القوة يدخل تحت طاقتها •

وفى هذا يقول بعض الباحثين (١١) •

والشرائع السماوية جعلت القوة سلاحا للحق تحميه وتدافع عنه قال تعالى « لقد ارسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد » (١٢) •

وقد وضح لنا القرآن الكريم الأسس والقواعد التى يقوم عليها اعداد القوة المادية ومنها : اعداد الرجال المقاتلين وهذا الاعداد يقتضى التدريب على فنون الحرب تمشيا مع الواقع الملموس ، لهذا فقد درب

---

(١١) الجهاد للدكتور عبد الحليم محمود ص ١٤ المؤتمر الرابع •
(١٢) سورة الحديد الآية ٢٥ •

النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ رجاله على فنون الحرب واشترك معهم فى الاستعداد للقتال ، وعد السعى فى هــذه الميادين خطوات من أجل القرب وأقدس العبادات (١٣) .

وقد كان ــ صلى الله عليه وسلم ــ يحث المسلمين على التدريب على الفروسية والسباحة والرمى بالنبل (١٤) .

روى عن عقبة بن عامر ــ رضى الله عنه ــ يقول : سمعت رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وهو على المنبر يقول : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة » ألا ان القوة الرمى ، ألا ان القوة الرمى ، ألا إن القوة الرمى وهذا كما قال بعض المفسرين من قبيل : « الحج عرفة » بمعنى أن كلا منهما أعظم الأركان فى بابه ، وانما كان الرمى فى الحرب هاما لأن رمى العدو من بعد بما يؤدى الى قتله أسلم من مناجزته عن قرب ، واطلاق الرمى فى الحديث يشمل كل ما يرمى به من سلاح أياكان نوع هذا السلاح (١٥) .

وروى عن النبى ــ صلى الله عليه وسلم ــ أنه قال : « كل شيء يلهو به الرجل باطل الا رميه بقوسه وتأديبه فرســه وملاعبته أهله فانه من الحق » .

قال القرطبى : ان كل ما يتلهى به الرجل مما لا يفيد فى العــاجل ولا فى الآجل فائدة فهو باطل والاعراض عنه أولى وهذه الأمور الثلاثة فانه وان كان يفعلها على أنه يتلهى وينشط فانها حق لاتصالها بما قد

---

(١٣) راجع : تفسير القرآن للشيخ شلتوت ص ٢٤٢ .
(١٤) فقه السيرة للغزالى ص ٣٢٢ .
(١٥) المؤتمر الرابع ص ٢٦٢ أسباب النصر التى شرعها الله تعالى

مفيد فان الرمى بالقوس وتأديب الفرس من الأمور التى تعاون على القتال ، وملاعبة الأهل قد تؤدى الى ما يكون عنه ولد يوحد الله ويعبده فلذا كانت هذه الأمور الثلاثة من الحق (١٦) .

وعن سلمة بن الاكوع أن النبى — صلى الله عليه وسلم — مر على نفر من أسلم يتفضلون بالسهام فقال — صلى الله عليه وسلم — ارموا بنى اسماعيل فان أباكم كان راميا وأنا مع بنى فلان ، قال فأمسك أحد الفريقين بأيديهم فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — مالكم لا ترمون ؟ قالوا : وكيف نرمى وأنت معهم ؟ فقال — صلى الله عليه وسلم — « أرموا وأنا معكم كلكم » (١٧) دل هذا الحديث على أن الاسلام رغب فى تعلم الرمى والمناضلة بقصد الجهاد فى سبيل الله تعالى .

وقد أثر عن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — أنه قال : علموا أولادكم السباحة والرماية ومروهم فليثبوا على الخيل وثبا .

وبعد هذا نستطيع أن نقول : الواجب على الأمة الاسلامية أن تعنى بتربية الأجيال الناشئة تربية جسمية وعقلية وخلقية لأن العناية بهذه النواحى الثلاث تؤدى الى وجود رجال أقوياء يستطيعون قهر الأعداء عند اللقاء لأنهم حينذاك يقاتلون بصدق واخلاص لحماية دينهم وعرضهم ومالهم ووطنهم ، ومما لا شك فيه أن من قاتل فى سبيل الله وامتلأ قلبه ثقة بنصر الله فان الله سينصره قال تعالى : « وكان حقا علينا نصر المؤمنين » .

---

(١٦) راجع : تفسير القرطبى ج ٨ ص ٣٦ ، وفقه السنة ج ١١ ص ٩٥ .

(١٧) انظر : صحيح البخارى ج ٤ ص ٤٥ وأحكام القرآن لابن العربى ج ٢ ص ٨٦١ ، ٨٦٢ .

ومن القوة المطلوب اعداها محاكاة العدو فيما يعده من وسائل الدفاع والهجوم فيجب علينا أن نصنع مثل ما يصنع لنماثله فى القوة ونفضل عليه لأننا ندافع عن الحق وهو يدافع عن الباطل ، والباطل لا محالة زائل يؤيد هذا ما روى أن أبا بكر الصديق – رضى الله عنه – وصى خالد بن الوليد فقال له : « اذا لقيت القوم فقاتلهم بالسلاح الذى يقاتلونك به ، السهم للسهم ، والرمح للرمح ، والسيف للسيف » .

اذن يجب علينا أن نعد للعدو جميع أنواع الأسلحة التى نستطيع صنعها أو الحصول عليها لمواجهته فان فعلنا ذلك نكون قد فعلنا ما أمرنا الله به وخرجنا عن عهدة التكليف ، أما اذا لم نفعل ذلك وكان فى استطاعتنا حينئذ لم نخرج عن عهدة التكاليف الذى أمرنا الله به (١٨).

رباط الخيل :

ومن الاعداد المادى : رباط الخيل قال تعالى : (ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ...)(١٩) الآية وقد بين لنا القرآن الكريم أن الأنبياء والمرسلين قد أدلوا الخيل عناية خاصة من ذلك أن سليمان عليه السلام عندما احتاج الى الغزو أمر باحضار الخيل وأمر باجرائها ثم أمر باعدائها حتى غابت عن بصره ثم أمر الرائضين أن يردوها عليه فلما عادت اليه طفق يمسح سوقها وأعناقها تشريفا لها لكونها من أعظم العون فى دفع العدو (٢٠) يوضح هذا قول الله تبارك وتعالى : « ووهبنا لداود سليمان نعم العبد أنه أواب اذ عرض عليه بالعشى الصافنات الجياد ، فقال انى أحببت حب الخير عن ذكر ربى

---

(١٨) الجهاد فى التشريع الاسلامى ص ٧٣ د. محمود محمد على .
(١٩) سورة الأنفال الآية ٦٠ .
(٢٠) راجع آيات الجهاد فى القرآن الكريم ص ١١٧ ، ١١٨ .

حتى توارت بالحجاب ردوها على فطفق مسحا بالسوق والأعناق »(٢١).

ونبينا محمد — صلى الله عليه وسلم — قد رغب فى اقتناء الخيل والقيام عليها لما فيها من الأجر والغنيمة والقوة المخيفة للأعــداء فى عهده — صلى الله عليه وسلم — يؤيد هذا ما ورد من أحاديث فى فضل الخيل ، جاء فى صحيح البخارى (٢٢) « الخيل معقود فى نواصيها الخير الى يوم القيامة الأجر والمغنم » ورد أيضا « من احتبس فرسا فى سبيل الله ايمانا وتصــديقا اوعــده فان شــبعه وريه وبوله فى ميزانه يوم القيامة » .

والرباط يتضمن معانى ثلاثة (٢٣) :

١ — الحراسة بحيث لا توجد ثغرة ينفذ منها العدو الى الديار الاسلامية لقول الامام على رضى الله عنه — (ماغزى قوم فى عقــر دارهم الا ذلوا) .

٢ — ارهاب العدو وجعله فى خوف ووجل مستمرين اذ يعلم أن وراء المرابطة جيشا يحمى الديار .

٣ — أن يكون هناك اســتعدادا للقتال يكون معه مران وتدريب فيتكامل بذلك الاستعداد ولا يؤتى المؤمنون على غرة قط .

ويؤيد الأحاديث الواردة فى هــذا الشــأن : جاء فى صــحيح البخارى (٢٤) : « رباط يوم فى سبيل الله خير من الدنيا وما عليها »

---

(٢١) سورة ص الآيات من ٣٠ الى ٣٣ .

(٢٢) راجع : صحيح البخارى جـ ٤ ص ٢٤ .

(٢٣) راجع الجهاد للشيخ أبى زهرة ص ٧ المؤتمر الرابع .

(٢٤) انظر : صحيح البخارى جـ ٤ ص ٤٢ .

وجاء فى نيل الأوطار(٢٥) : « عن سـلمان الفارسى — رضى الله عنه قال : سمعت رسـول الله — صلى الله عليه وسلم — يقول : رباط يوم وليلة خير من صيام شهر وقيامه وان مات أجرى عليه عمله الذى كان يعمله ، وأجرى عليـه رزقه وأمن الفتان ، زاد الطبرانى : ويبعث يوم القيامة شهيدا » .

وعن عثمان — رضى الله عنه — قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم — يقول : « رباط يوم فى سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من المنازل » (٢٦) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث تدل على أن الرباط أفضل الأعمـال يبقى ثوابه مستمرا بعد الموت ، كما أن المرابط يضاعف له الأجر الى يوم القيامة، كما تدل أيضا : على الاهتمام بحراسة الثغور حتى لا يفاجىء العـدو المسلمين فى عقر دارهم لأن فى مفاجأتهم زلالهم .

الغرض من الاعداد المادى :

أن الغرض من هذا الاعداد هو ارهاب العدو عملا بقوله تعالى : « ترهبون به عدو الله وعدوكم » لأن العدو اذا اعلم أننـا مستعدون لقتاله هابه ذلك وربما طلب المسـالمة والأمان ، لأن العدو يهاب القوة أكثر مما يهاب الله ، لأنه لا يعـرف الله ، ولأن القوة شىء مادى يراه ويحدث فى نفسه الاضطراب والقلق ، ولكن الله تعـالى لا يراه الا العاقلون المؤمنون (٢٧) مصداق ذلك قول الله تعالى : « لأنتم أشد رهبة فى صدورهم من الله » (٢٨) .

---

(٢٥) نيل الأوطار للشوكانى ج ٧ ص ٢٣٨ .
(٢٦) المرجع السابق ج ٧ ص ٢٢٧ .
(٢٧) الجهاد فى التفكير الاسلامى ص ٥٢ .
(٢٨) سورة الحشر الآية ١٣ .

والاعداد المادى يستلزم بذل المال وانفاقه فى سبيل الله لاعداد القوة المشار اليها .

لذا : نجد أن الله تعالى قد ختم الآية بقوله تعالى : « وما تنفقوا من شيء فى سبيل الله يوف اليكم وأنتم لا تظلمون » (٢٩) فربط المولى سبحانه الانفاق باعداد القوة وقد حذر من التقصير فى هذا الشأن حيث قال سبحانه « وأنفقوا فى سبيل الله ولا تلقوا بأيدكم الى التهلكة »(٣٠) ربط أكثر المفسرين هذه الآية بالحرب حيث قالوا ان التهلكة هنا معناها البخل بالقليل من الانفس والأموال ، وهذا البخل يترتب عليه التهلكة العامة وضياع كل الأنفس والأموال ، وعلى هذا فالأمة التى لا تستعد ولا تضحى ببعض مالها وبعض رجالها تجلب الذلة والفناء لكل الرجال وكل الأموال .

الدعامة الثانية : الاعداد المعنوى :

ومن الاعداد للقتال تقوية الروح المعنوية لدى المجاهد ، وقد اهتم التشريع الاسلامى بذلك حتى أنه لم يدع بابا فى هذا الموضوع الا وسلكه ، فالاسلام ربى المجاهين فى سبيل الله على حقيقة الايمان التى تؤدى الى تقوية الروح المعنوية للمقاتل .

ومن الايمان التزود بالتقوى وقد اعتبر القرآن الكريم التزود بالتقوى خير زاد للمقاتل فى سبيل الله قال الله تعالى : « وتزودوا فان خير الزاد التقوى واتقون ياأولى الألباب » (٣١) وقال تعالى :

---

(٢٩) سورة الأنفال آية رقم ٦٠ .
(٣٠) سورة البقرة الآية ١٩٥ .
(٣١) سورة البقرة الآية ١٩٧ .

« وان تصبروا وتتقوا لا يضركم كيدهم شيئا » (٣٢) وقال تعالى : « وان تصبروا وتتقوا فان ذلك من عزم الأمور » (٣٣) وقال تعالى : « ان الله مع الذين اتقوا والذين هم محسنون » (٣٤) .

وجه الدلالة من هذه الآيات القرآنية الكريمة :

أن الله سبحانه وتعالى يبين لنا من هذه الآيات أن التقوى عامل النصر في القتال لأن المقاتل اذا لقى ربه ، امتلأت نفسه بعظمة الله وقدرته ، وصغر عندها كل ما سواه .

اذ التقوى صيانة النفس من كل دنس ، فاذا سار المجاهدون على هذا النمط الالهى قويت روحهم المعنوية ، وكان الله معهم في كل وقت وحين يمدهم بعونه ويربط على قلوبهم ويثبت أقدامهم وبذلك ينتصرون على عدوهم .

ومن عوامل النصر المعنوية أيضا : الصبر :

وقد بين المولى سبحانه وتعالى أن الصبر على مشاق الجهاد هو أساس النصر ، وقد وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تحث على الصبر من ذلك قوله تعالى : « ياأيها الذين أمنوا استعينوا بالصبر والصلاة ان الله مع الصابرين » (٣٥) وقال تعالى : « كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين » (٣٦) وقال تعالى : « وان تصبروا وتتقوا فان ذلك من عزم الأمور » (٣٧) .

---

(٣٢) سورة آل عمران الآية ١٢٠ .
(٣٣) سورة آل عمران الآية ١٨٦ .
(٣٤) سورة النحل الآية ١٢٨ .
(٣٥) سورة البقرة الآية ١٥٢ .
(٣٦) سورة البقرة الآية ١٧٧ .
(٣٧) سورة آل عمران الآية ١٨٦ .

وجه الدلالة من هذه الآيات :

أن الله سبحانه وتعالى وعد الصابرين بالمعونة والنصر والتأييد، ومن كان الله معه بعزته التى لا تغلب وبقــدرته التى لا تقهــر فلن يصيبه ذل ولن تلحقه هزيمة ، وقد يبين الله فى الآية الثانية أن الفئة القليلة تغلب بالصبر والثبات وطاعة القواد الفئــة الكثيرة التى أعوزها الصبر ، والاتحاد مع طاعة القواد لأن نصر الله مع الصابرين ، على أن مشيئته وسنته بأن يكون النصر أثرا للثبات والصبر ، وان أهل الجزع والجبن هم أعوان لعدوهم على أنفسهم وأبيتهم(٣٨) .

ومن عوامل النصر أيضا : التوكل على الله والثقــة بوعده ، وتفويض الأمر اليه :

وذلك بعــد التماس الأســباب التى أمر الله بها ، وقد وردت فى القرآن الكريم آيات تدعــو المجاهدين الى التوكل على الله من ذلك قوله تعالى : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه » (٣٩) وقوله تعالى : « وعلى الله فتوكلوا ان كنتــم مؤمنين » (٤٠) وقال تعــــالى : « ان ينصركم الله فلا غالب لكم وان يخذلكم فمن ذا الذى ينصركم من بعده وعلى الله فليتوكل المتوكلون » (٤١) وقال تعالى : « وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله انه هو السميع العليم »(٤٢) .

---

(٣٨) انظر المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الاسلامية ص ٢٦٩ .
(٣٩) سورة الطلاق الآية ٣ .
(٤٠) سورة المـائدة الآية ٢٢ .
(٤١) سورة آل عمران الآية ١٩٠ .
(٤٢) سورة الأنفال الآية ٦٠ .

فالمتوكل على الله : هو الاعتماد مع اظهار العجز (٤٣) قال تعالى : « فاذا عزمت فتوكل على الله ان الله يحب المتوكلين » جاء فى تفسير المنار (٤٤) : ان العزم على الفعل واحكام الرأى والمشاورة وأخذ الأهبة لا يكفى للنجاح الا بمعونة الله وتوفيقه ٠٠٠٠ اذن فلابد المؤمن من الاتكال على الله لا على حوله وقوته هو « ان الله يحب المتوكلين » مع العمل بالأسباب ، ومن أحبه الله عصمه من الغرور باستعداده والركون على عدته وعتاده ٠

والله سبحانه هو الخبير بخفايا النفوس يعلم ما للايمان الصادق وما للروح المعنوية القوية من أثر بالغ فى صدق الدفاع والنصر لهذا جعل المؤمن الصادق يساوى فى المعركة عشرة رجال حيث قال : « يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون » (٤٥) ٠

ثم رأى جل شأنه أن هذا المقاتل المثالى قليل الوجود فجعل المؤمن الواحد يساوى اثنين من الأعداء من باب التخفيف والرحمة حيث قال : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا الفين باذن الله والله مع الصابرين » (٤٦) ٠

---

(٤٣) القرطبى ج ٨ ص ٣٤ ٠

(٤٤) راجع : تفسير المنار ج ٤ ص ٢٠٠ ٠

(٤٥) سورة الأنفال الآية ٦٥ ٠

(٤٦) سورة الأنفال الآية ٦٦ ٠

فهــذا يدل على أن للقوة المعنوية أثرها الذى لا يخفى على أحد فى ميدان القتال •

لذا : فان الاسلام يعتمد على الروح المعنوية أكثر مما يعتمــد على القوة المــادية لأن القرآن الكريم لا يهتم بالكم بقــدر ما يهتم بالكيف ، وعلى هذا فان أعداد جماعة ولو صغيرة اعدادا شــاملا على النحو الذى وصفناه فى هذا المبحث أعظم من الكثرة التى ينقصــها الاعــداد النفسى والبدنى والفكرى مصــداق ذلك قول الله تبــارك وتعــالى : « كم من فئــة قليلة غلبت فئــة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين » •

(والله أعلم بالصواب)

أهم مراجع البحث

أولا القرآن الكريم وعلومه :

١ ـ القرآن الكريم .

٢ ـ أحكام القرآن لابن العربى ط / الحلبى ١٣٧٦هـ .

٣ ـ أحكام القرآن للجصاص ط / ١٣٣٥هـ .

٤ ـ تفسير القرطبى ط / دار الكتب عام ١٣٦٩هـ .

٥ ـ تفسير القرآن الكريم للمرحوم الشيخ محمد شلتوت .

٦ ـ تفسير القرآن الكريم للشيخ حسنين محلوف ط . الثالثة الكويت

٧ ـ تفسير القرآن الكريم للشيخ المراغى .

٨ ـ تفسير المنار للشيخ محمد عبده .

ثانيا : الحديث وعلومه :

١ ـ احكام الأحكام (شرح عمدة الأحكام) لابن دقيق العيد ط الأولى ١٩٧٦م دار الشعب .

٢ ـ ارواء الغليل فى تخريج أحاديث منار السبيل للألبانى ط . الأولى سنة ١٩٧٩م بيروت .

٣ ـ تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر العسقلانى ط المدينة المنورة ١٩٦٤م .

٤ ـ زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم .

٥ ـ سبل السلام للصنعانى ط / الحلبى ١٩٥٠م .

٦ ، سنن أبى داود ط / الحلبى ١٣٧١هـ .

٧ ـ السنن الكبرى للبيهقى ط حيدر آبارد الدكن .

٨ ـ صحيح البخارى .

٩ ـ صحيح مسلم . ط / المصرية .

١٠ ـ فتح البارى بشرح البخارى . تحقيق سيد صقر .

١١ ـ كنز العمال .

١٢ ـ نصب الراية للزيلعى .

١٣ ـ نيل الأوطار للشوكانى ط / مكتبة دار التراث .

ثالثا : كتب الفقه الاسلامى :

(أ) المذهب الحنفى :

١ ـ بدائع الصنائع ط / ١٣٢٨هـ .

٢ ـ الفتح القدير ط / الأميرية ١٣١٦هـ .

(ب) المذهب المالكى :

١ ـ بداية المجتهد لابن رشد . ط / مكتبة الكليات الأزهرية ، ط / الاستقامة ١٩٢٨م .

٢ ـ جواهر الاكليل شرح مختصر خليل .

٣ ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ط / عيسى البابى الحلبى .

٤ ـ الشرح الصغير للدردير . مكتبة على صبيح بالأزهر .

٥ ـ قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكى ١٣٤٠هـ .

(ج) المذهب الشافعى :

١ ـ الأم للشافعى . ط / الأميرية ١٣٢١هـ .

٢ ـ حاشية البيجرمى .

٣ ـ مغنى المحتاج . ط / الحلبى ١٣٧٧هـ .

٤ ـ المهذب للشيرازى ط / ١٩٥٩م .

٥ ـ نهاية المحتاج ط / الحلبى ١٣٥٧هـ .

٦ ـ رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الشافعى ط . الثالثة ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(د) المذهب الحنبلى :

١ ـ المغنى لابن قدامة ط / المنار ١٣٦٧هـ ٠

٢ ـ الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى ط ٠ الأولى ١٣٧٧هـ ـ ١٩٥٧م بيروت ٠

(هـ) المذهب الظاهرى :

١ ـ المحلى لابن حزم ط / الامام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ تحقيق لجنة احياء التراث العربى بيروت

(و) المذهب الشيعى :

١ ـ البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار للامام أحمد المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ ٠ط / السنة المحمدية سنة ١٣٦٨هـ ٠

رابعا : كتب اللغة :

١ ـ المصباح المنير للفيومى ٠

٢ ـ المعجم الوسيط (مجمع اللغة العربية) ٠ بالقاهرة ٠

خامسا : كتب التاريخ :

١ ـ سيرة ابن هشام ط / ١٣٨٣هـ ٠

سادسا : كتب عامة :

١ ـ أثار الحرب فى الفقه الاسلامى للدكتور / وهبة الزحيلى ٠

٢ ـ آيات الجهاد فى القرآن الكريم للدكتور / كامل الدقن ٠

٣ ـ الجهاد فى الشريعة الاسلامية المؤتمر الرابع للبحوث الاسلامية ٠

٤ ـ الجهاد للدكتور عبد الحليم محمود ٠ المؤتمر الرابع ١٩٦٨م ٠

٥ ـ الجهاد فى التشريع الاسلامى د٠ محمود محمد على ط / أولى ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م ٠

٦ ـ الجهاد فى التفكير الاسلامى د٠ أحمد شلبى ١٩٦٨م ٠

٧ ـ السياسة الشرعية للمرحوم عبد الوهاب خلاف ٠ المكتبة السلفية ١٣٥٠هـ ٠

٨ ـ فقه السيرة للغزالى ط / ١٩٦٥م ٠

٩ ـ المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الاسلامية ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م ٠

والله المستعان والموفق

حق الفـــرد فى الإسـلام

للدكتور عبد الصمد سيد محمد صميدة*

المبحث الثانى

الحق الاجتماعى للفرد فى الاســـلام

المطلب الأول : حق العمل

أولا : دعوة الاسلام الى العمل :

لم يعرف الاسلام التواكل ـــ أو البطالة ـــ ولم يقرهما ـــ بل ان الأنبياء جميعا كانوا يعملون كسبا للقوت (١) لذلك كان تقدير الاسلام للعمل عظيما ـــ يقول الله تعـــالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضـــل الله » (٢) ويقول صلى الله عليـــه وسلم : « ان من الذنوب ذنوبا لا يكفـــرها الا الهم فى طلب المعيشـــة »(٣) رواه الطبرانى فى الأوسط ـــ وأبو نعيم فى الحلية من حديث أبى هريرة

(*) نشر الجزء الأول من هذا البحث فى العدد السابع من هذه المجلة الصادرة ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م ص ٨٦ ٠

(١) بدر الدين العينى ـ عمدة القارىء ـ شرح صحيح البخارى ـ جـ ١٢ ص ٧٩ ٠

(٢) سورة الجمعة آية رقم ١٠ ٠

(٣) الغزالى ـ الاحياء ـ باب النكاح ص ٧٠٢ ٠

ويقول صلى الله عليه وسلم « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده — وان نبى الله داود كان يأكل من عمل يده »(٤) بل انه صلى الله عليه وسلم : اعتبر العمل فى سبيل العيش عملا فى سبيل الله • فقد كان جالسا ذات يوم مع أصحابه فنظروا الى شاب ذى جلد وقوة — وقد بكر يسعى • فقالوا : ربح هذا لو كان شبابه وجلده فى سبيل الله — فقال صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا هذا — فانه ان كان يسعى على نفسه ليكفيها عن المسألة ويغنيها عن الناس فهو فى سبيل الله — وان كان يسعى على أبوين ضعيفين أو ذرية ضعافا ليغنيهم ويكفيهم فهو فى سبيل الله — وان كان يسعى تفاخرا وتكاثرا فهو فى سبيل الشيطان »(٥) رواه الطبرانى •

كما أن الاسلام يقدر العامل ويشجعه ويزكيه — فقد استقبل أحد الصحابة رسول الله عند عودته من غزوة تبوك • فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « ما هذا الذى أرى بيدك ؟ قال الصحابى : من أثر المر — أى الحبل — والمحساة — أضرب وأنفق على عيالى • فقبل رسول الله يده وقال : هذه يد يحبها الله ورسوله »(٦) فليس فى المجتمع الاسلامى قوى معطلة — أو طبقة تعيش على أكتاف غيرها • وعالة على من دونها — وفى ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لأن يأخذ أحدكم حبله ثم يأتى الجبل فيأتى بحزمة من الحطب على ظهره فيبيعها فيكف الله وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه »(٧) كما انه دخل المسجد فرأى رجلا يلوذ بالمسجد راكعا

---

(٤) البخارى جـ ٣ ص ٧٤ •
(٥) الدكتور مصطفى السباعى — اشتراكية الاسلام ص ١٩٣ •
(٦) الشيخ محمد الغزالى — الاسلام ومناهج الاشتراكية ص ٨٢ •
(٧) البخارى جـ ٣ ص ٧٥ •

ساجدا • فسأل عنه — قيل انه رجل عابد — فقال : « ومن الذى يذفق عليه ؟ قالوا أخوه يعمل ويعوله — فقال : أخوه أعبد منه »(٨) وقد فقه الصحابة هذه المعانى التى ترفع قدر العمل فنفذوها فى أنفسهم — ولعل أول ما يتمثل ذلك فيما فعله المهاجرون عند هجرتهم من مكة الى المدينة تاركين تجارتهم وأموالهم وأعمالهم وراءهم — فعرض عليهم الأنصار أن يقاسموهم أموالهم بغير مقابل قياما بواجب النصرة والتعاون على الخير — ولكن المهاجرين أبوا الا أن يكون عيشهم بكفاحهم وسعيهم — فنزل بعضهم الى ميدان التجارة — وبعضهم الى ميدان الزراعة فى حقول الأنصار — وعليهم العمل والمؤونة — ولهم فى مقابل ذلك شطرا من المحصول :

١ — ومن مأثورات عمر بن الخطاب فى الدعوة الى العمل قوله « رحم الله امرأ أمسك فضل القول — وقدم فضل العمل » •

٢ — القوة فى العمل — ألا تؤخر عمل اليوم الى الغد •

٣ — المتوكل الذى يلقى حبة فى الأرض ثم يتوكل على الله(١٠) •

ثانيا : « كفالة الدولة لحق العمل » :

اذا كان الاسلام قد اعتبر العمل واجبا على الفرد — اذ لايباح له أن يعيش على التسول • أو السلب • أو النهب • فانه فى نفس الوقت جعله حقا له ازاء الدولة — فواجب الدولة الاسلامية أن تهىء العمل للقادرين عليه وأن تحمى حقوقهم وقد قام النبى صلى الله عليه وسلم بهذا الواجب • فقد جاءه رجل يستجدى • فباع خاتما له من حديد بدرهمين فى السوق أعطاهما للرجل وقال له : كل بأحدهما

---

(٨) الشيخ محمد أبو زهرة — تنظيم الاسلام للمجتمع ص ١٩٦ •
(٩) صحيح مسلم ج ٤ ص ٣٨٧ — ٣٨٨ •
(١٠) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ٤٧٢ •

ـ واشتر بالآخر فأسا واعمل به فصلح حال الرجل ، كما جاءه رجل يطلب اليه أن يدبر حاله لأنه خال من وسائل الكسب ولا شيء عنده يستعين به على القوت ــ فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقدوم ودعا بيد من خشب سواها بنفسه ووضعها فيها ثم دفعها للرجل وأمره أن يذهب الى مكان عينه وكلفه أن يعمل هناك لكسب قوته وطلب اليه أن يعود بعد أيام ليخبره بحاله ــ فعاد الرجل يشكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم صنيعه ويذكر له ما صار اليه من يسر الحال(١١) وهكذا اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسه ــ وهو رئيس الدولة مسئولا عن تدبير العمل ــ وكفالته للأفراد ــ والذى يرجع الى الفقه الاسلامى ــ يجد الفقهاء يوجبون توفير العمل لكل فرد قادر عليه ــ فقد أوجب الغزالى(١٢) على ولى الأمر أن يزود العامل بأكثر العمل ويقسم الشاطبى(١٣) فى كلامه عن فرض الكفاية التربية الاسلامية التى تحققها الدولة لكل ذى موهبة ليتمكن من القيام بالفرض الكفائى الذى يناسب موهبته الى مراحل ثلاثة : وذلك لأنه كل ما يحتاج اليه الجماعة هو فرض كفاية ... يجب تحقيقه ــ ويلخص الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة هذا التقسيم فيما يلى(١٤) :

١ ــ المرحلة الأولى :

وتكون عامة لكل الصبيان والشباب لا يتخلف عنها أحد ــ ومن قطع المرحلة الأولى ــ لا ينتقل الى المرحلة الثانية الا اذا كان ذا نبوغ

---

(١١) الشيخ محمد أبو زهرة ــ تنظيم الاسلام للمجتمع ص ٣٩ .
(١٢) الغزالى ــ احياء علوم الدين ــ ج ٩ ص ١٧٤٦ (ط الشعب)
(١٣) الشاطبى ــ الموافقات ــ ج ١ ص ١١٩ ، ١٢٤ .
(١٤) الشيخ محمد أبو زهرة ــ فى المجتمع الاسلامى ص ٥٥ .

متميز يؤهله لهذه المرحلة — ومن وقف عند المرحلة الأولى • وقف عند فرض كفائى تحتاج اليه الأمة — وهم العمال الذين يعملون بأبدانهم — فان الأمة تحتاج الى هذا النوع من العاملين وهم الذين يكونون قاعدة البناء الهرمى للعمل •

٣ — المرحلة الثانية :

ومن صاروا متمــيزين فى المرحلة الثانية — ينظر اليهم — فمن امتاز بنبوغ يؤهله للمرحلة الثالثة — انتقل اليهــا • ومن لم تكن له مواهب تؤهله لدخولها وقف عاد فرض كفائى تحتاج اليه الأمة — فالأمة تحتاج الى حسابين ، ومساعدى مهندسين ، وملاحظين للأعمال اليدوية — وموجهين لها — ومراقبين لسلامتها •

والمرحلة الثالثة :

مرحلة النبوغ — وهى درجات متفاوتة — يميزها العمل والانتاج والانصراف العملى — ومنها يكون المهندسون والأطباء والقضاة والفقهاء — وغيرهم من الذين يتولون الأعمال الرئيسية فى المجتمع — وفى أعلى هذا الصنف من المتازين — المخترعون — والمشتركون — ومؤســسو الدول — على أساس العدالة والحق — ومنظمو العلاقات الانســانية بين الناس على أساس العدل — وهذا الذى يبينه الشاطبى — يوضح واجب الدولة فى اعداد الأفراد علميا وفنيا — وانشاء المراكز التدريبية التى تمكينا لهم من القيام بواجباتهم الكفائية — وأن أهل كل مرحلــة واجب عليهم وبالذات القيام بالواجبات الكفــائية كل فيما يخصه — وما يستطيعه — ويمكن أن يقال انه واجب على الجميع على وجه من التجوز لأن القيام بذلك الفرض — قيام بمصلحة عامة •

فهم مطالبون بسدها عــلى الجملة — فبعضهم هو قادر عليهــا مباشرة — وذلك من كان أهلا — والباقون وان لم يقــدروا عليها —

قادرون على اقامة القادرين ــ فمن كان قادرا على الولاية فهو مطلوب باقامتها ــ ومن لا يقــدر عليها مطلوب بأمر آخــر • وهو اقامة ذلك القادر واجباره على القيام بها ــ فالقادر اذن مطلوب باقامة الفرض ــ وغير القادر مطلوب بتقديم ذلك القــادر • اذ لا يتوصــل الى قيام القادر الا بالاقامة ــ فهى من باب ما لا يتم الواجب الا به(١٥) •

وعلى الأمة ممثلة فى ولى الأمر ــ أن تسهل للأفراد القيام بهذه الواجبات ــ وأن تؤهلهم لها • وان تقاصرت همة الحاكم فى الأمة عن أن يقوم بهذا الواجب ــ فعلى الأمة أن تحمله على أدائه ــ أو تسعى فى تغييره ، لأن الذى لا يقوم به فى موضع ذلك المقصر(١٦) •

ولقد سمى الشافعى هذا النوع من الواجبات تســمية تتفق مع معناه ــ فقال : انه واجب عام فيه معنى الخاص ــ فالأمة كلها مطالبة بمقتضى قانون التــكافل الاجتماعى بتحقــيق ذلك الواجب ــ ولكن لا تقوم به الأمة كلها ــ بل تقوم به طائفة خاصة منهــا (١٧) فهذه الطائفة ــ هى المكلفة بالقيام بالواجب عملا بقوله تعالى« فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون»(١٨) أما الأمةكلها ومعها ولى الأمر ــ فعليهاواجباقامة هذه الطائفة ــ وقد كان من واجب المحتسب أنه ان رأى رجلا يتعرض

---

(١٥) الشاطبى ــ الموافقات ــ ج ١ ص ١٧٨ ــ ١٧٩ •

(١٦) الشاطبى ــ الموافقات ــ ج ١ ص ١٧٩ •

(١٧) الشيخ محمد أبو زهرة ــ فى المجتمع الاسلامى ص ٥٦ •

(١٨) سورة التوبة آية ١٢٢ •

لمسألة الناس فى طلب الصدقة – وعلم أنه غنى أما بمال – أو عمل أنكره عليه – وأدبه فيه ، وقد فعل عمر رضى الله عنه مثل ذلك بقوم من أهل الصفة : هم طائفة من الفقراء كانوا يقيمون بمكان مرتفع من المسجد النبوى ويعيشون على الصدقة – واذا تعرض للمسألة ذو جلد وقوة على العمل زجره وأمره أن يتعرض للاحتراف بعمل ، فان أقام على المسألة عذره حتى يقلع عنها – وان دعت الحالة عند الحاح من حرمت عليه المسألة بمال أو عمل الى أن ينفق على ذى المال جبرا من ماله – ويؤجر ذا العمل وينفق عليه من أجرته – رفع أمره الى الحاكم ليتولى ذلك – أو يأذن فيه(١٩) .

كما أن الدولة الاسلامية فى العصور المتعاقبة عملت على انشاء المصانع – كصناعة الورق – والمنسوجات – واستخراج المعادن – والقيام بتدريب الناس على العمل بها(٢٠) .

ولم يكتف الاسلام بتحقيق فرص العمل للأفراد وكفالته لهم – بل انه أيضا كفل لهم الأجر المناسب للعمل – وعدم التأخير فى أداء أجورهم(٢١) وفى ذلك يقول الله تعالى « ولكل درجات مما عملوا وليوفيهم أعمالهم وهم لا يظلمون »(٢٢) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه »(٢٣) ويقول النبى صلى الله عليه وسلم « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى

---

(١٩) الماوردى – الأحكام السلطانية ص ٢٤٨ .
(٢٠) المقريزى – الخطط ج ١ ص ٤١٧ .
(٢١) الكاسانى – البدائع ج ٤ ص ٢١٨ .
(٢٢) سورة الأحقاف – آية ١٩ .
(٢٣) سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٤٥ .

ثم غدر — ورجل باع جزافا ثم أكل ثمنه — ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره »(٢٤) كما يروى عنه صلى الله عليه وسلم « انه نهى عن استئجار الآخر حتى يتعين له أجره »(٢٥) فرب العمل مسئول عن حقوق عماله وذلك بمقتضى قوله صلى الله عليه وسلم « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته »(٣٦) وذلك تحذيرا من المماطلة في أجر العامل ٠

وقد اتجه الاسلام الى العناية بالعامل وعدم تركه عرضة لارهاب رب العمل له واستقلاله له وكفل له قدرا من الراحة حفظا لقوته ورعاية لصحته — وفى ذلك يقول الله تعالى« لا يكلف الله نفسا الا وسعها »(٢٧) فالقاعدة الشرعية — أنه لا تكليف الا بمستطاع — فلا يجوز أن يكلف الشيوخ وأحداث السن بأعمال ينوء بها كاهلهم — كما لا يكلف النساء بما لا يتناسب مع طبيعتهم ٠ وفى ذلك يقول صلى الله عليه وسلم « عليكم من الأعمال بما تطيقون فان الله لا يمل حتى تملوا »(٢٨) ولا يجيز الاسلام أن يمس أجر العامل — ولا أداة العمل وفاء الضريبة أى خراج(٢٩) ويقول الرسول عن العبيد« لاتكلفوهم ما لا يطيقون »(٣٠) واذا كان ذلك بالنسبة للعبيد — فالعمال به أولى ٠

---

(٢٤) البخارى ج ٣ ص ١٠٨ ٠
(٢٥) النسائى — كتاب المزارعة — باب ٤٤ ٠
(٢٦) البخارى ج ٣ ص ١٥٧ ٠
(٢٧) سورة البقرة آية ٢٨٦ ٠
(٢٨) البخارى — ج ١ ص ١٧ ٠
(٢٩) أبو يوسف — الخراج ص ١٨ ٠
(٣٠) الشوكانى — نيل الأوطار ج ٧ ص ٣ رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة ٠

ولاشك أن هدف الاسلام من ذلك ــ ادخار القــوة العاملة ــ فلا تنهار بالارهاق المستمر • والمحافظة على صحة العامل ــ وهو يشكل كيان الأمة ــ فخير الأعمال أدومها وان قل •

ومن المقررات الشرعية ــ أن العــامل يجب أن يوفر له الغــذاء الكافى ــ الذى يحمى جسمه ــ والكساء الكافى الذى يقيه حر الصيف وبرد الشتاء ــ والمسكن الذى يليق بمثله ــ والذى تستوفى فيــه كل المرافق الشرعية ــ ويجب أن تكون الأجــرة محققة لهذا ــ والا كان ظلما (٣١) وبذلك تضمن الدولة للعامل حياة كريمة ــ وتمده بالمال اذا لم يكفه أجره ، فهى بذلك تكفل له تأمين معيشته وكرامته ، واذا تعطل العامل عن العمل ــ أوجب الاسلام على الدولة اعالته وكفالته،وأعين على العيش حتى توفر الدولــة له عملا وهذا من مصــارف الزكاة ، فالذين يفتقرون الى فرص العمل هم الفقراء حقا لقوله تعالى (للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضربا فى الأرض••يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف ــ تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس الحافا ــ وما تنفقوا من خــير فان الله به علــيم »(٣٢) ولقوله تعــالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون »(٣٣) كما روى الامام أحمد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من ولى لنا عملا وليس له منزل فليتخذ منزلا ــ أو ليست له امرأة فليتزوج ــ أو ليست له دابة فليتخذ دابة »(٣٤) •

---

(٣١) ابن حزم ــ المحلى ــ باب الزكاة ج ٦ ص ١٥٦ ــ مسألة٧٢٥ م ــ ط ــ المنيرة بالقاهرة سنة ١٤٣٨هـ •

(٣٢) سورة البقرة آية ٢٧٣ •

(٣٣) سورة الحشر آية ٨ •

(٣٤) الشيخ محمد أبو زهرة ــ فى المجتمع الاسلامى ص ٥٢ •

واكفاية الاسلام لحق العامل فى تولى العمل الذى تتوافر فيه شروطه ــ ناط بالدولة حسن اختيارها لعمالها ــ فيكون اختيارها لهم مبنيا على القدرة ــ والكفاءة ــ لا على الوساطة ــ والهوى ــ وبذلك لا تغمط حق أحد ــ ولا تفرق بين الأفراد عن غرض ــ وفى ذلك يقول الله تعالى على لسان ابنة سيدنا شعيب عليه السلام « قالت يا أبت استأجره ، ان خير من استأجرت القوى الأمين »(٣٥) وقال النبى صلى الله عليه وسلم لأبى ذر عن الولاية « يا أبا ذر انها أمانة ــ وانها يوم القيامة خزى وندامة • الا من أخذها بحقه»وقد عبر الماوردى(٣٦) عن ذلك فى بيان ما يلزم الامام فى ادارة الدولة بقوله : يلزم استكفاء الأمناء ــ وتقديم النصحاء فيما يفوضه اليهم من الأعمال ، لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة ــ والأموال بالأمناء محفوظة ، وكان عمر بن الخطاب يقول بعد توليه الخلافة « لو علمت أن أحدا أقوى منى على هذا الأمر لكان ضرب العنق أحب الى من هذه الولاية »(٣) •

ومن أقواله أيضا فى وسيلة اختيار الولاة « من استعمل رجلا لمودة ــ أو لقرابة ــ لا يحمله على استعماله الا ذلك فقد خان الله ورسوله والمؤمنين ، ومن استعمل رجلا فاجرا وهو يعلم أنه فاجر فهو مثله »(٣٨) •

ولما كان عمر أول من أنشأ الدواوين ، فقد وضع أسسا لاختيار العاملين فى الوظائف المختلفة ــ فكان يتطلب فى المرشح للولاية

---

(٣٥) سورة القصص آية رقم ٢٦ •
(٣٦) الماوردى ــ الأحكام السلطانية ص ١٦ •
(٣٧) الدكتور سليمان الطماوى ــ عمر بن الخطاب ص ٢٧١ •
(٣٨) ابن الجوزى ــ سيرة عمر بن الخطاب ص ٦٧ •

شروطا تعد نموذجية(٣٩) ومن هـذه الشروط : القوة — والهبة — والتواضع — والرحمة بالناس — ومن أقوال عمر فى ذلك : أريد رجلا، اذا كان فى القوم — وليس أميرهم — كان كأنه أمـيرهم ، واذا كان أميرهم كان كأنه رجل منهم — كما وضع شروطا لاختيار القضـاة • لا يتطلبها فى المألوف من الأفـراد ، حتى يكون الاختيار عن كفـاءة وقدرة(٤٠) •

ومن هذه الشروط : أن يكون المرشح للقضاء موثوقا فى عفافه — وعقله ، وصلاحه ، وفهمه بالسنة والآثار — واقفا على المسائل الفقهية مقتدرا على الفصل فى الدعاوى — وقورا وحكيما وصبورا يتقى الله بالحق ، ولا يقضى لهوى يضله ، ولا لرغبة تغيره — ولا لرهبة تزجره — وأن لا يكون فظا غليظا — بل شـديدا من غير عنف — لينا غـير ضعيف — واعتبر الماوردى من شروط المحتسب أن يكون حرا ذا رأى وصرامة — وخشونة فى الدين — وعلم بالمنكرات الظاهرة •

وهكذا كان التدقيق فى اختيار العمال لكفالة الحق والعدالة — والبعد عن الوساطة — وذلك بوضع الرجل المناسب فى المكان المناسب، ولذلك أيضا لم يقف الاهتمام بالاختيار عند بدء التعيين فقط ، ولكن واجب الدولة حسن الاشراف على الرقابة على العاملين ، حتى لا يكون العمل وسيلة الى الكسب الحرام ، أو التكاسل ، أو التهاون فى مصالح الأمة — أو الانحراف عن السبيل السوى والطريق المستقيم — وفى ذلك يقول الخليفة عمر بن الخطاب : « أرأيتم ان استعملت عليكم خير

---

(٣٩) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧٣ •
(٤٠) عارف الكندى — القضاء فى الاسلام ص ٢٠ •

من أعلم ثم أمرته بالعدل أكنت قضيت ما على ؟ قالوا نعم — قال : لا — حتى أنظر فى عمله — أعمل بما أمرته — أم لا — (٤١) •

وتحقيقا لهذه المبادىء — وخشية مظنة المحاباة ، أو الممالاة — لم يستعمل أمير المؤمنين عمر كبار صحابة رسول الله — وكذلك آل بيته — ولم يقلدهم شيئا من الولايات — ولهذا السبب أيضا كان من الأسباب الظاهرة للثورة على الخليفة ، عثمان بن عفـــان — انه ولى قرابة من بنى أمية دون نظر الى الكفاءة أو الصلاحية •

واذا كان الاســـلام قد كفل للعامل كل ذلك — فانه أيضـــا فرض عليه التزامات يجب قيامه بها • فأوجب عليه اتقان العمل واحســـانه والاخلاص فيه ، يقول النبى صلى الله عليه وسلم « ان الله يحب اذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه »(٤٢) وقوله « ان الله كتب الاحسان على كل شىء »(٤٣) •

ذلك أن اتقان العمل من أحب ما يتقرب به العبد الى ربه • فاذا أخل العامل بالتزامه فأفسد المنفعة أو أهلكها بخطئه أو اهمـــاله كان ضامنا لها(٤٤) كما قرر الاسلام نظام الحوافز على العمل على أرقى أساس وأعدل ميزان — بقول الله تعالى « وأن ليس للانسان الا ماسعى — وأن سعيه سوف يرى ثم يجزاه الجزاء الأوفى »(٤٥) فجزاء اتقان

---

(٤١) الدكتور سليمان الطماوى — عمر بن الخطاب ص ٢٧١ •
(٤٢) رواه أبو يعلى — والعسكرى — وغيرهما عن عائشة — تمييز الطيب من الخبيث ص ١٤٢ : دليل الفالحين ج ٣ •
(٤٣) دليل الفالحين ج ٣ ص ٩٥ •
(٤٤) ابن قدامة — المغنى ج ٥ ص ٤٩٦ •
(٤٥) سورة النجم آية ٣٩ — ٤١ •

العمل والاخلاص — انما يكون أوفى جزاء — ولا موجب لهذا الجزاء الا سعى الفرد نفســه لا يقربه جاه — أو قرابة أو صــلة ، ويحدد القرآن دقة الجزاء بقوله تعالى « فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره — ومن يعمل مثقـال ذرة شرا يره »(٤٦) على أن العمل الذى يدعو اليه الاسلام هو العمل الحلال — اذا انه يحظر العمل الحرام — كالعمل فى انتاج الخمور — فما يؤدى الى الحرام فهو حرام — والوســيلة تأخذ حكم الغاية(٤٧) كما لا يجوز شرعا الغش فى العمل — وذلك تنفيذا للحديث الشريف « من غشنا فليس منا »(٤٨) ويحظر الاسلام العمل الذى يكون مؤديا الى الضرر بالنفس ، أو الاضرار بالغير وذلك تنفيذا للمبدأ الشرعى « لا ضرر ولا ضرار »(٤٩) •

المطلب الثـــانى

« حكم الرعاية الصحية »

اهتم الاسلام بصحة الأفراد باعتبارها تعينه على أداء واجباته الدينية والمعيشية ، اذ بها يســتطيع الفرد أن ينفع مجتمعه ويحــقق آماله — يقول صلى الله عليه وسلم « المؤمن القوى خير وأحب الى الله من المؤمن الضعيف • وفى كل خــير »(٥٠) وتقــرير حق الفــرد فى الرعاية الصحية : وضعه الاسلام على عاتق الفرد باعتباره واجبا عليه — كما اعتبره التزاما على الدولة فهو حق للفرد — ففى اعتبار الرعاية

---

(٤٦) سورة الزلزلة آية ٧ — ٨ •
(٤٧) ابن القيم — اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٧ •
(٤٨) صحيح مسلم جـ ١ ص ٢٩٩ •
(٤٩) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٨٤ حديث رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ •
(٥٠) سنن ابن ماجة جـ ٢ باب ١٤ ص ١٣٩٥ حديث رقم ٤١٦٨ •

الصحية واجبا على الفرد ــ أمر الاسلام الناس جميعا بالبعد عن كل ما يضر صحتهم ، فحرم الخمر والزنا حفظا للصحة وأمرهم أن يبتعدوا عما يهلك صحتهم ويذهب قوتهم فيقول تعــالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة »(٥١) ويقول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار »(٥٢) ويقول « صوموا تصحوا »(٥٣) ويقول « ثلث الطعام ــ وثلث للشراب وثلث للنفس » وذلك عن المعدة(٥٤) •

كما حث الاسلام على النظافة حفظا للصحة ، فأمر بالوضوء قبل الصلاة ، والغسل بعد الجنابة ــ والعناية بالغذاء الصحى ، والشراب النقى ، ونهى عن الشرب من فم السقاء منعا للعدوى • كما حبب فى الرياضة تقوية للبدن ــ ومن ذلك « ان لبدنك عليك حقا » « علمــوا أولادكم الرماية والســباحة ومروهم فليثبوا على الخيل وثبــا » كما أمر الأفراد بالمبــادرة ــ بالعلاج عند المرض ــ فمن أقواله صلى الله عليه وسلم « ما أنــزل الله داء الا أنزل له شــفاء »(٥٥) وكل هذه المبادىء جاءت فى صورة تكاليف ، يثاب فاعلها ويأثم من خالفها،ومن أقوال عمر بن الخطاب فى الحث على الرعاية الصحية ــ قوله «اياكم والسمنة فانها غفلة » وقوله « اياكم والبطنة فانها مكسلة عن الصلاة ومفسدة للجسم ، ومؤدية الى الســقم ، وعليكم بالقصــد فى قوتكم فهو أبعد عن السرف وأصح للبدن ــ وأقوى على العبادة »(٥٦) •

كما يروى أن عمر بن الخطاب ، أمر أبا عبيدة بن الجراح قائد

---

(٥١) سورة البقرة آية ١٩٥ •
(٥٢) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٨٤ حديثى رقم ٢٣٤٠ ــ ٢٣٤١ •
(٥٣) الغزالى ــ الاحياء جـ ٨ ص ١٤٩٨ •
(٥٤) الغزالى ــ الاحياء جـ ٨ ص ١٤٩٧ •
(٥٥) البخارى جـ ٧ ص ١٥٨ •
(٥٦) العقاد ــ عبقرية عمر ــ العدد ٢٥ ــ كتاب الهلال ص ٦٦•

جيش المسلمين بالعودة الى المدينة — وعدم دخول الشام ، لوجود الطاعون به ، فلما عاتبه أبو عبيدة قائد « أفرارا من قضاء الله ؟ » قال له عمر : « لو غيرك قالها يا أبا عبيدة — نعم نفر من قضاء الله، الى قدر الله » ثم جاء عبد الرحمن بن عوف،فقال : أشهد أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اذا سمعتم بهذا الوباء ببلد فلا تقدموا عليه ، واذا وقع وأنتم به فلا تخرجوا فرارا منه »(٥٧) .

كما اهتم الاسلام بالرعاية الصحية . بل جعل لها الأولوية على شئون العبادة — لذلك أعفى المرضى من الفرائض الدينية التى تشق عليهم ، فرخص للمريض أن يفطر فى رمضان خوف ازدياد مرضه ، أو تأخير شفائه على أن يقضى عند تمام صحته — وأباح لمن يشق عليه الصيام أن يفطر ويدفع فدية طعام مسكين كما رخص للمسافر أن يفطر فى رمضان اتقاء المشقة التى تؤثر فى صحته — يقول تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه ، ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر »(٥٨) ويقول « وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين »(٥٩) ويقول « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »(٦٠).

أما الرعاية الصحية باعتبارها حقا للأفراد — ازاء الدولة ،فقد قررها الاسلام فى صور شتى — اذ كان النبى صلى الله عليه وسلم يهيء للمرضى مكانا يتداوون فيه وينقهون — فقد قدم عليه نفر من عرينة ثمانية أشخاص — وأسلموا — واستوبأوا بالمدينة ، وشكوا ألم الطحال ، فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى لقاحه ؛ وكان

---

(٥٧) الأستاذ محمد الخضرى — تاريخ الأمم الاسلامية جـ٢ ص٦—٧
(٥٨) سورة البقرة آية رقم ١٨٥ .
(٥٩) سورة البقرة آية ١٨٤ .
(٦٠) سورة البقرة آية ١٨٥ .

سرح المسلمين بأرض خارج المدينة ناحية قباء قريبا من عين ترعى هناك ، فكانوا فيها حتى صحوا ، وسمنوا . وكانوا قد استأذنوه أن يشربوا من ألبانها ، وأبوالها ، فأذن لهم(٦١) وقد كفل الاسلام للمريض حقه من الرعاية الاجتماعية .

فلقد مر عمر بن الخطاب ، يوم مجيئه الشام على قوم من المجزومين – ففرض لهم شيئا من بيت المال ومنعهم بذلك عن التكلف بين الناس كما عمل الوليد بن عبد الملك على تخصيص أعطيات لهم . وأعطى لكل مقعد خادما يهتم بأمره ، وكل ضرير قائدا يسهر على راحته – كما بنى ابن طولون حاكم مصر فى مؤخرة مسجده،ميضأة وخزانة شراب،بها الأدوية والأشربة ، وقرر لهذا المكان الخدم ، وعين طبيبا خاصا يقوم بتطبيب المرضى من المصلين . كما بنى مستشفى بأرض العسكر ، وأحسن تنظيمه ، وكان يتفقده بنفسه فى يوم الجمعة ، فيطوف على خزانة الأدوية ، ويتفقد أعمال الأطباء ، ويواسى المرضى . كما أمر بمراعاة الحالة النفسية للمرضى ومواساتهم ، والترويح عنهم ، وزيارتهم أثناء مرضهم ، وجعل ذلك واجبا على المجتمع ازاء المرضى، يقول صلى الله عليه وسلم فى الحديث القدسى عن رب العزة «مرض عبدى فلان فلم تزره ، ولو زرته لوجدت ذلك عندى »(٦٢) وبذلك جعل الله تبارك وتعالى زيارة المريض مستوجبة جزاء من لدنه – ويقرر النبى صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم فيقول « ويعوده اذا مرض »(٦٣) وكان عمر بن الخطاب . يأمر الولاة بزيارة المرضى، العناية بأمرهم ، فكان يسأل الوفد اذا قدموا عليه عن أمرهم ، فيقولون خيرا ... فيقول هل يعود مرضاكم ؟ فاذا قالوا لا عزله(٦٤).

---

(٦١) البخارى ج ٧ ص ١٦٠ .

(٦٢) صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٣٢ .

(٦٣) البخارى ج ٢ ص ٩٠ .

(٦٤) الدكتور سليمان الطماوى – عمر بن الخطاب ص ٢٧٨ .

المطلب الثالث

حق كفالة العيش الكريم الفرد فى المجتمع

تضطلع الدولة فى الاسلام بواجبات ايجابية لضمان حقوق الأفراد وكفالة معيشتهم ، وقد اعتبر الاسلام • الفرد فى كفالة المجتمع فى مختلف المستويات • فهو فى كفالة الأسرة التى ينتمى اليها ، اذ يأمر الشرع بالنفقة على القريب الفقير ، كما يأمر بصلة الأرحام • فقد جاء فى الحديث القدسى عن الله عز وجل (١) « أنا الرحمن وهى الرحم شققت لها اسما من اسمى ، من وصلها وصلته ، ومن قطعها قطعته » • وهو فى كفالة مجتمع القرابة ، اذا أصبح فى حاجة ملحة — أى أصابته فاقة ومحنة ؛ يقول النبى صلى الله عليه وسلم « أيما أهل عرصة بات فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله »(٢) ويقول أيضا « ما آمن من بات شبعانا وله جار جائع »(٣) ثم هو بعد ذلك فى كفالة الدولة ؛ اذ تلتزم الدولة بنفقاته من بيت المال — والخليفة والوالى مسئولان عن هذه الكفالة وفى ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم « ما من مؤمن الا وأنا أولى به فى الدنيا والآخرة ، اقرأوا ان شئتم : النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم — فأيما مؤمن مات وترك مالا فليرثه عصبته • ومن ترك دينا أو ضياعا فليأتى فأنا مولاه »(٤) •

---

(١) أخرجه أبو داود فى باب صلة الرحم — ج ٢ ص ٧٧ مجموعة الأحاديث القدسية للمجلس الأعلى للشئون الاسلامية بالقاهرة سنة ١٣٨٩هـ ج ١ ص ١١٧ •

(٢) محمد الغزالى — الاسلام وأوضاعنا الاقتصادية ص ٨٩ ١٩٥٠م

(٣) الاختيار — شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •

(٤) البخارى ج ٣ ص ١٥٥ •

ويقول الامام ابن حزم أخذا من الحديث الشريف « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه من تركه يجوع ويعرى وهو قادر على اطعامه فقد أسلمه »(٥) وقد أجمل ابن حزم حقوق الأفراد الاجتماعية فى قوله : فرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم ، ويجبرهم السلطان على ذلك ان لم تقم الزكاة ، ولا فىء سائر أموال المسلمين بزم ، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذى لابد منه ، ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك • وبمسكن يقيهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة ، ومسئولية الدولة عن ذلك مقررة فى القرآن الكريم لقوله تعالى « الذين ان ملكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر »(٦) وقوله تعالى «كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله »(٧) •

يقول المودودى(٨) فى تعليقه على هذه الآيات ، فمن تدبر هذه الآيات ، اتضح له أن الدولة التى يريدها القرآن ليس لها غاية سلبية فقط ، بل لها غاية ايجابية أيضا ، أى ليس من مقاصدها المنع من عدوان الناس بعضهم على بعض ، وحفظ حرية الناس ، والدفاع عن الدولة فحسب ، بل الحق أن هدفها الأسمى هو اقامة نظام العدالة الاجتماعية الصالح الذى جاء به كتاب الله ، وغايتها فى ذلك ، النهى عن جميع أنواع المنكرات التى ندد بها الله بها فى آياته ، واجتناب شجرة الشر من جذورها ، وترويج الخير المرضى عند الله — المبين فى كتابه •

---

(٥) ابن حزم — المحلى — باب الزكاة ج ٦ ص ١٥٦ — ١٥٧ •
(٦) سورة الحج آية ٤١ •
(٧) سورة آل عمران آية ١١٠ •
(٨) أبو الأعلى المودودى — نظرية الاسلام وهديه •

ومن الأمر بالمعروف : كفالة معيشة الناس وضمان حاجاتهم لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك دينا أو ضياعا فعلى والى وأنا أولى بالمؤمنين »(٩) .

وقد سما الاسلام بحق الكفالة الاجتماعية للأفراد فجعله قربى لله تبارك وتعالى ، فأوصى الجار أن يكرم جاره ، وأن يحسن معاملته الى أقصى الحدود فقال تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم »(١٠) وقد فصل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أجمله القرآن بقوله « مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت انه سيورثه» وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لأبى ذر — يا أبا ذر — اذا طبخت مرقة فأكثر ماءها وتعاهد جيرانك »(١١) .

وهكذا يجعل الاسلام للفرد حقا فى كفالة عيشه قبل أسرته وقبل مجتمعه الصغير من جيرانه وأهل قريته — ثم حقه قبل الدولة ، وهذه الكفالة تلتزم بها الدولة ، سواء أكان الفرد مسلما أو غير مسلم .

فيرى أبو يوسف(١٢) « أن عمر بن الخطاب ، رأى شيخا يهوديا يتكفف الناس . فسأله عن سبب ذلك فأجابه : أسأل الجزية ، والحاجة والسن ، قال عمر : ما أنصفناك،أكلنا شبيبتك . وتركناك عند الشيخوخة وطرح جزيته ، وأمر أن يعال من بيت مال المسلمين هو وعياله » .

---

(٩) سنن ابن ماجة — جـ ٢ ص ٨٠٧ حديث رقم ٢٤١٦ .
(١٠) سورة النساء آية ٣٦ .
(١١) صحيح مسلم جـ ٢ ص ٤٤٥ .
(١٢) أبو يوسف — الخراج ص ١٢٦ .

وحق الفرد قبل الدولة ، تكفله جميع موارد الدولة ، وقد قسم الفقهاء بيت المال أربعة أقسام وللفقير حق فى كل مورد من هذه الموارد وهذه الأقسام هى :

١ ـ بيت مال الغنائم ، وهو خاص بما يغنم فى الحروب ، وينفق منه على مرافق الدولة وفقراء المسلمين .

٢ ـ بيت المال الخاص بالجزية والخراج ، ويصرف منه على مرافق الدولة وفقراء غير المسلمين الذين يستظلون بالراية الاسلامية، ويتمتعون برعوية الدولة الاسلامية .

٣ ـ بيت مال الزكاة ويصرف منه فى مصارف الزكاة .

٤ ـ بيت المال الخاص بالضوائع ، وهى الأموال التى لا يعرف لها مالك ، والتركات التى لا وارث لها ، وقد قال الفقهاء : انه كله للفقراء ، فيعطى منه الفقراء العاجزون ـ نفقتهم وأدويتهم ويكفن موتاهم ، ويقول الفقهاء : وعلى الامام صرف هذه الحقوق الى أصحابها (١٣) .

وهكذا نجد المجتمع الاسلامى كله مسئول عن كفالة المحتاجين ، وهذه المسئولية مقررة بالكتاب والسنة لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى »(١٤) ولقوله تعالى « والذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (١٥) ولقوله تعالى « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى

---

(١٣) الشيخ محمد أبو زهرة ـ فى المجتمع الاسلامى ص ٨٣ـ٨٤
(١٤) سورة المائدة آية ٢ .
(١٥) سورة المعارج آية ٢٤ ـ ٢٥ .

سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله »(١٦) ويقول النبى صلى الله عليه وسلم من لم يهتم بأمر المسلمين فليس منهم »(١٧) •

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا »(١٨) •

كما امتدح النبى جماعة من الأشعريين ، لأنهم كانوا اذا أرملوا فى الغزو ، أو سفر ، جمعوا أزوادهم ثم اقتسموها بينهم بالسوية وقال النبى فيهم « هم منى وأنا منهم »(١٩) •

وقد أنتج ذلك كله أثر فى الواقع الاسلامى ، وظهر هذا التكافل الاجتماعى فى مجتمع المدينة • ففرج الكرب وحل الأزمة ، حينما هاجر المسلمون من مكة الى المدينة ، وتركوا ديارهم وأموالهم وتجارتهم بها ، فآخى النبى بينهم وبين الأنصار « أهل المدينة من الأوس والخزرج »

فاقتسم الأنصار أموالهم مع المهاجرين ، ووسعتهم قلوبهم وأموالهم وديارهم(٢٠) •

وحين حلت بالمدينة أزمة ، تبرع عثمان رضى الله عنه بتجارته

---

(١٦) سورة التوبة آية ٦٠ •

(١٧) رواه الحاكم فى المستدرك ج ٤ ص ٣٢٠ ــ كتاب الرقاق ــ والطبرانى ــ انظر رد مصطفى السباعى اشتراكية الاسلام ص ١٤٩ •

(١٨) رواه البخارى ومسلم والترمذى والنسائى عن أبى موسى الأشعرى ــ صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٤٦ •

(١٩) رواه البخارى فى كتاب الشركة ــ اشتراكية الاسلام ــ الدكتور مصطفى السباعى ص ١٢٦ •

(٢٠) تفسير ابن كثير ج ٤ ص ٢٨٨ ــ البخارى ــ كتاب فضائل الأنصار ج ٥ ص ٣٩ •

مؤثرا ما عند الله من جزاء على ما قدمه له التجار من أرباح طائلة(٢١) وقد أوصى الاسلام الناس بالتكافل الاجتماعى .

وذلك التزام دينى على كافة المسلمين ، الا أن هذا الالتزام الدينى يحيله ولى الأمر الى التزام قانونى اذا ما دعت ضرورة اليه ويستفاد ذلك مما أثر عن على بن أبى طالب قوله(٢٢) ان الله فرض على الأغنياء فى أموالهم بقدر ما يكفل فقراءهم ، فان جاعوا أو عروا أو جهدوا فبمنع من الأغنياء وحق على الله أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم .

وهكذا يقر الاسلام التكافل الاجتماعى بين الناس ، ويلزم الدولة بتنفيذه ، ويعتبر الممتنع عنه عند الضرورة والقدرة آثما ، قال ابن حزم(٢٣) من عطش فخاف الموت ، فرض عليه أن يأخذ الماء حيث وجده ، وأن يقاتل عليه ، ولا يحل لمسلم اضطر ، أن يأكل ميتة ، أو لحم خنزير وهو يجد طعاما فيه فضل عن صاحبه ، لأنه فرض على صاحب الطعام اطعام الجائع ، فاذا كان ذلك فليس بمضطر الى الميتة ولا الى لحم الخنزير،وله أن يقاتل عن ذلك،فان قتل الجائع فعلى قاتله القود « القصاص » وان قتل المانع فالى لعنة الله ، لأنه منع حقا وهو طائفة باغية ، لقوله تعالى « فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله ، فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل »(٢٤) ومانع الحق باغ على أخيه الذى له الحق(٢٥) ومن

---

(٢١) الشيخ على الخفيف ــ المالكية وحدودها فى الاسلام ص١٢٥
(٢٢) ابن حزم ــ المحلى جـ ٦ ص ١٥٨ .
(٢٣) ابن حزم ــ المحلى جـ ٦ ص ١٥٦ .
(٢٤) سورة الحجرات آية ٩ .
(٢٥) ابن حزم ــ المحلى جـ ٦ ص ١٥٦ .

اشتد جوعه حتى عجز عن طلب القوت ، ففرض على كل من علم به أن يطعمه ، أو يدل عليه من يطعمه ، فان امتنعوا عن ذلك حتى مات اشتركوا فى الاثم لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مات ضياعا بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله(٢٦) وكذا اذا رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردى فى بئر ، وصار هذا لانجاء الفريق(٢) ومن ذلك ما حدث فى عهد عمر بن الخطاب اذ ورد جماعة على ماء ، وكانوا فى حالة من العطش أشرفوا فيها على الهلاك ، هم ودوابهم ، فأبى أصحاب الماء أن يسمحوا لهم بالشرب منه ، فلما وفدوا على عمر أخبروه بالأمر فقال لهم هلا وضعتم فيهم السلاح(٢٨) فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم « المسلمون شركاء فى ثلاث : فى الماء ، والكلأ ، والنار وثمنه حرام »(٢٩) • وقال : « ثلاث لا يمنعن : الماء ، والكلأ ، والنار »(٢٩)

وما فعله أبو عبيدة بن الجراح حينما خرج للجهاد فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان معه ثلثمائة من الصحابة ، ففنى زادهم ، فأمرهم أن يجمعوا أزوادهم فى مزودين ، وجعل يقوتهم أياما على السواء(٣٠) وقد اقتضى التكافل الاجتماعى فى الاسلام أن يعطى الفرد على قدر حاجته فقد كان رسول الله صلى اله عليه وسلم اذا أتاه فئ قسمة من يومه ، فأعطى الآهل حظين ، وأعطى العزب حظا واحدا(٣١) كما نجد فى السيرة التى كان عليها الخليفة عمر بن الخطاب

---

(٢٦) الاختيار ـ شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •
(٢٧) الاختيار ـ شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ •
(٢٨) أبو يوسف ـ الخراج ص ٩٧ •
(٢٩) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٢٦ حديثى رقم ٢٤٧٢ ، ٢٤٧٣ •
(٣٠) ابن حزم ـ المحلى ج ١ ص ١٥٨ •
(٣١) أبو عبيدة ـ الأموال ص ٢٢٢ •

ببعض ما شرعه الاسلام لكفالة العيش الكريم للناس :

١ ـ فمن ذلك أنه بينما كان يحرس قافلة لبعض التجار الذين نزلوا بالمدينة ليلا ، اذ به يسمع بكاء طفل فتوجه نحوه ، وقال لأمه : اتق الله وأحسنى الى صبيك ، ثم عاد الى مكانه ، فسمع بكاءه ، فعاد الى أمه فقال : ويحك . انى أراك أمرأ سوء ، ما لى لا أرى ابنك لا يقر منذ الليلة قالت:يا عبد الله قد أبرمتنى منذ الليلة (أى أضجرتنى)انى اريغه عن الفطام فيأبى ، ، قال ولم ؟ قالت : لأن عمر بن الخطاب لا يفرض الا الفطيم ، قال : وكم له ؟ قالت كذا وكذا ، قال ويحك ، لا تعجليه، فصلى الفجر وما يستبين الناس قراءته من غلبة البكاء ، فلما سلم قال : يا بؤسا لعمر ، كم قتل من أولاد المسلمين ، ثم أمر مناديا فنادى لا تعجلوا صبيانكم عن الفطام ، فانا نفرض لكل مولود فى الإسلام، وكتب بذلك على الآفاق(٣٢) .

٢ ـ كان يفرض لكل مولود عطاء يزاد الى عطاء أبيه «مائة درهم» وكلما نما الولد زاد العطاء .

٣ ـ وقد ذهب شاب الى الجهاد فى سبيل الله ، وأبوه شيخ كبير ، قد كف بصره ، وكان كثير الحنين والبكاء لغيبة وحيده،فلما بلغ ذلك عمر بن الخطاب ، أحضر الشاب وقال له : الزم أبويك ، فجاهد فيهما ، ما بقيا ، ثم شأنك بنفسك ، وأمر له بعطائه وصرفه مع أبيه(٣٣) .

وفى ذلك تقرير لكفالة العيش للأفراد تلتزم به الدولة ، وتنقل هذا الالزام الى من يستطيع ذلك ، كما كان عمر يحمل الطعام بنفسه ويذهب به الى الجوعى يطعمهم ، ومن لم يأت أرسل اليه بالدقيق

---

(٣٢) الدكتور سليمان الطماوى ـ عمر بن الخطاب ص ٩٦ .
(٣٣) الدكتور سليمان الطماوى ـ عمر بن الخطاب ص ٩٧ .

والتمر الى منزله ، وكان يتعهد المرضى ويتولى أكفان الموتى،ويذهب بعد ذلك كله الى المسجد ، ينـاجى ربه متضرعا وهو يقـول : اللهم لا تجعل هلاك أمة محمد على يدى(٣٤) ولقد جرى على هذه السيرة عثمان وعلى والخلفاء الراشدين ومن بعدهم .

هذا وقد ضمنت الدولة الاسلامية خزانتها العـامة ، ما يكفل القيام بحوائج ذوى الحاجات تأكيدا لمسئوليتها عن كفالة المحتاجين ، فأنشأت بيت المال ، وقسـمته الى أقسام تتضـمن أبواب الايـراد والانفاق(٣٥) .

وتقريرا لكفالة الاسلام لحق العيش الكريم للأفراد ، تضـمن الاسلام نظما ثلاثة هى :

الزكاة ــ والصدقات ــ والوقف .

المسألة الأولى الزكاة :

الزكاة هى الركن الثالث من أركان الاسـلام ، وهى عبادة مالية تمثل حقا للفقير فى مال الغنى بالمال الذى تجبفيه الزكاة ، يكون شركة بين الفقراء وبمثلهم ولى الأمر ، وبين أصحاب الأموال ، واذا امتنع الأغنياء عن اخراجها كانوا آثمين ، وأجبرهم الامام على اخراجها(١).

والزكاة مقررة بقوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سـبيل الله

---

(٣٤) الدكتور سليمان الطماوى ــ عمر بن الخطاب ص ١٠٠ .
(٣٥) أبو عبيدة ــ الأموال ص ٢٢٧ .
(١) الشيخ محمد أبو زهرة ــ فى المجتمع الاسلامى ص ٨٦ ــ ٨٧ .

وابن السبيل فريضة من الله » (٢) وقوله تعالى : « خـــذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » (٣) وقد فصلت السنة ما أجمله الكتاب من أحكام الزكاة ـــ ويعتبر الخليفة نفسه مسئولا عن كفالة المحتاجين اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم ـــ فقد كان عمر يعس فى المدينة ليلا ليعرف فقيرا يبيت على الطوى فيطعمه ـــ أو طفلا لا يجـــد ما يتبلغ به فيؤكله . وكان بصره نافذا يتعرف أسرار الضعف والضعفاء فيســـد حاجتهم ، ولقد كان يعد نفسه خازنا للمؤمنين وفى ذلك يقول : « ما من مسلم الا له فى هذا المـــال حق »(٤) ولقد كان فى التطبيق العملى للزكاة فى عصر الخلافة الاسلامية ما يؤكد الأثر الفعال لها ـــ فقد كان الخلفاء الراشدون حريصين على ألا يكون محتاج فى الأرض الا أنفقوا عليه ـــ وقد اعتزم عمر بن الخطاب أن يقوم برحلة الى آفاق دولة الاســـلام ومعه الأموال ينفق على المحتاجين ويعطيهم بعد التحرى عنهم (٥)

كما أرسل والى الصدقات بافريقيا الى الخليفة عمر بن عبدالعزيز يقول له : لم يبق فقير محتاج فى افريقيا وبيت مال الصدقات ممتلىء ـــ فأرسل اليه عمر بن عبد العزيز يأمره بأن يسدد الديون عن المدينين . فسدد ديون الناس حتى لم يبق مدين يستحق السداد ولم يسدد دينه . ثم أرسل الى الخليفة أيضا أنه مازال فى بيت المال الكثير من الصدقات فأمره بأن يشترى العبيد ويعتقهم (٦) .

---

(٢) سورة التوبة آية ٦٠ .

(٣) سورة التوبة آية ١٠٣ .

(٤) مختصر المزنى ـ على كتاب الأم للشافعى ج ٣ ص ٢٠٣ .

(٥) الدكتور سليمان الطماوى ـ عمر بن الخطاب ص ١٠٣ .

(٦) القرطبى ـ الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٣ .

المسألة الثانية : الصدقات :

المقصود بالصدقات فى هذا البحث هو الانفاق فى سبيل الله وذلك غير الصدقة المفروضة بوصفها ركنا من أركان الاسلام ــ وهى الزكاة:

١ ــ حكم الصدقات

الصدقة بمعنى الانفاق ــ واجبة عند لزومها ــ لأنه يجب على كل مؤمن يرى مؤمنا فى حال تستوجب المعونة ــ أن يعينه سواء سأله أم لم يسأله ــ ولقد أمر الله تعالى ــ وكذلك نبيه الكريم ببذل الصدقات ــ والانفاق فى سبيل الله ــ يقول الله تعالى : « ان تقرضوا الله قرضا حسنا يضاعفه لكم ــ ويغفر لكم » (٧) وقوله تعالى : « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » (٨) ويقول النبى الكريم : « أطعموا الجائع وفكوا العانى » (٩) ويقول صلى الله عليه وسلم « أيما مسلم كسا مسلما ثوبا على عرى كساه الله من خضر الجنة ــ وأيما مسلم أطعم مسلما على جوع أطعمه الله من ثمار الجنة ــ وأيما مسلم سقى مسلما على ظمأ سقاه الله عز وجل من الرحيق المختوم » (١٠) ويقول صلى الله عليه وسلم « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه » (١١) ويقول ابن حزم(١٢) واذا ترك المسلم أخاه الجائع فلم يسد جوعه فقد أسلمه ــ والصدقة الواجبة هى ما زاد عن الحاجة . يقول الله تعالى : « ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو » (١٣) .

---

(٧) سورة التغابن آية ١٧ .

(٨) سورة آل عمران آية ٩٢ .

(٩) البخارى جـ ٧ ص ١٢٠ .

(١٠) سنن الترمذى جـ ٤ باب ١٨ ص ٦٣٣ حديث رقم ٢٤٤٩ ــ كتاب صفة القيامة .

(١١) البخارى جـ ٣ ص ١٦٨ .

(١٢) ابن حزم ــ المحلى ــ جـ ٦ ص ١٥٦ .

(١٣) سورة البقرة آية رقم ١٢٩ .

ومصارف الصدقة متعددة وقد رتبها الشارع تفصيلا فيقول تعالى « يسئلونك ماذا ينفقون — قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل » (١٤) فللصدقة ثوابها أيا كان مصرفها — ولكن الثواب يتضاعف فى التصدق على ذوى القربى. يقول النبى صلى الله عليه وسلم « دينار أنفقته فى سبيل الله — ودينار أنفقته فى رقبة — ودينار تصدقت به على مسكين — ودينار أنفقته على أهلك — أعظمها أجرا الذى أنفقته على أهلك »(١٥) .

٢ — هل فى المال حق سوى الزكاة ؟

يقرر الاسلام مسئولية الدولة عن كفالة الأفراد . والوفاء بحاجات الفقراء والمحتاجين — وقد أوضحنا أن من مصارف الزكاة هذا الواجب — كما أن فى أموال الفيء والغنائم . وفى الكفارات والنفقات باب لهذا الوفاء — فاذا لم تف الزكوات وما فى بيت مال المسلمين بحاجات الناس . ولم تقم الصدقات المنشورة بسد هذا الواجب — كان للدولة أن تفرض من الضرائب ما يسد هذا الواجب — وما يقوم بحاجات الناس (١٦) ومن المستقر فى الفقه الاسلامى أن رعاية المصلحة العامة تقتضى أنه اذا خلا بيت المال — أو ارتفعت حاجات الجند . وليس فيه ما يكفيهم — فللامام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم فى المال — الا أن يظهر مال فى بيت المال أو يكون فيه ما يكفى (١٧) ولا تلجأ الدولة الى الاستقراض — اذ أن الاستقراض فى الازمات — انما يكون حيث يرجى لبيت المال دخل ينتظر — أما اذا لم ينتظر شىء — وضعفت

---

(١٤) سورة البقرة آية ٢١٥ .

(١٥) مسند أحمد حنبل جـ ٥ ص ٢٧٩ — ٢٨٠ .

(١٦) القرطبى — الجامع لأحكام القرآن جـ ٢ ص ٢٢٣ .

(١٧) الغزالى — المستصفى — جـ ١ ص ٣٠٣ — ٣٠٤ .

وجوه التدخل بحيث لا يفى فلابد من جريان حكم التوظيف (١٨) واذا ما رجعنا الى تطبيقات ذلك فى الدولة الإسلامية — وجدنا فيما رواه عبد الرحمن بن أبى بكر : أن أهل الصفة كانوا قوما فقراء يجتمعون فى مكان بمسجد النبى صلى الله عليه وسلم وكان يطعمهم من طعامه — وفى ذلك يقول : « من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث ، ومن كان عنده طعام أربعة فليذهب بخامس أو بسادس » (١٩) .

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم « من كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له — ومن كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له » (٢٠) وهذا يقتضى وجوب اطعام الفقير على من كان يستطيع اطعامه ولا يجوز تركه عرضة للجوع (٢١) ولما كان عام المجاعة فى عهد عمر — أرسل الى ولاة الأمصار ليمدوه بالطعام والأموال — فأرسل له كل وال ما استطاع ارساله — وكان يوزع الطعام على الناس بالسواء — ومما أثر عنه فى تلك المحنة قوله « لو امتدت المجاعة لوزعت كل جائع على بيت من بيوت المسلمين — فان الناس لا يهلكون على أنصاف بطونهم » (٢٢) ومن أقواله فى هذا الشأن « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت — لأخذت فضول أموال الأغنياء — فرددتها على فقراء المجاهدين » (٢٣) وعلى ذلك فالصدقة واجبة فى المال فضلا عن الزكاة كما أن فرض الدولة الضرائب — اذا لم تف الزكاة والصدقات واجبه

---

(١٨) القلقشندى — صبح الأعشى ج ٤ ص ٥٥ .
(١٩) البخارى ج ٥ ص ٣٨ — ٣٩ .
(٢٠) مختصر مسلم — كتاب القيامة ج ٢ ص ٤٣ حديث رقم ٦٠٦٦
(٢١) ابن القيم — اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢٥ .
(٢٢) الدكتور مصطفى السباعى — اشتراكية الاسلام ص ١٢٦ .
(٢٣) ابن حزم — المحلى — ج ٦ ص ١٥٨ .

عليها القيام بواجباتها ــ وقد روى ابن حزم (٢٤) عن ابن عمــر أنه قال : في مالك حق سوى الزكاة ــ ثم قال : وصح عن الشعبى ومجاهد وطاووس وغيرهم كلهم يقولون : فى المال حق سوى الزكاة ــ ثم أردف هذا بقوله:مانعلم عن أحد فهم خلاف هذا الا عن الضحاك بن مزاحم ــ فانه قال : نسخت الزكاة كل حق فى المال ــ ثم أعرب ابن حزم عن رأيه فى الضحاك فقال وما رواية الضحاك بحجة ــ فكيف برأيه ؟ •

وكما سبق أن أوضحنا ــ فقد حدد ابن حزم مستوى الــكفاية للأفراد ــ الذى تلتزم الدولة بكفالته لهم ــ والذى يحق لهــا من أجله أن تتخطى حدود الزكاة المفروضة ــ فتفرض الضرائب وتجبيها للانفاق فى هذا السبيل ــ بأن يقام لهم :

١ ــ بما يأكلون من القوت الذى لابد منه •

٢ ــ ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك •

٣ ــ وبمسكن يقيهم من المطر ، والصيف والشــمس ــ وعيون المــارة •

المسألة الثالثة : الوقف :

الوقف : لغة ــ الحبس ــ وهو مصدر وقف ــ أى حبس ــ ومنه الموقف ــ لحبس الناس فيه ــ للحســاب ــ كمــا تقــول وقفت عن السير ــ اذا منعت نفسك عنه ــ ومنه الاطلاع ــ تقول : وقف على المعنى : أى اطلع عليه ــ ووقفته على ذنبه ــ أى أطلعته عليه (١) •

---

(٢٤) ابن حزم ــ المحلى جـ ٦ ص ١٥٨ •

(١) المختار ــ مادة وقف •

ومعناه شرعا : حبس العين على حكم ملك الواقف — والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر فى الحال — أو المال • وذلك عند أبى حنيفة (٢) •

ويعرفه آخرون — بأنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى — والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء — أو انتهاء — وذلك عند الصاحبين — ومالك والشافعى (٣) والفقهاء متفقون على أن الوقف مستحب شرعا — ولكنهم اختلفوا فى لزوم الوقف بعد صدوره — فاستند القائلون بعدم لزومه — وذلك رأى الامام أبى حنيفة الى قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا حبس عن فرائض الله » (٤) ووجه الدلالة أن القول بلزوم الوقف — وخروج العين الموقوفة من ملك الوقف — يترتب عليه حبس المال عن الورثة — ومنعهم من أن يأخذوا فرائضهم التى فرضها الله لهم — فيكون منهيا عنه — والقول بعدم لزومه يتفق مع آيات المواريث — ولا حبس فيه فيكون هو المشروع (٥) •

واستند القائلون بلزومه — الى ما روى عن عمر بن الخطاب — من أنه جاء النبى صلى الله عليه وسلم فقال له : أصبت أرضا بخيبر — لم أصب قط أنفس منها عندى فما تأمرنى به ؟ فقال الرسول : ان شئت حبست أصلها — وتصدقت بثمرها — (٦) فتصدق بها عمر — أنها لا تباع — ولا توهب — ولا تورث — وتصدق بها فى الفقراء • وفى

---

(٢) ابن عابدين — حاشية رد المحتار ج ٣ ص ٤٩٣ •
(٣) شرح الباجى للموطأ ج ٦ ص ١٢٢ •
(٤) مسند الدارقطنى ج ٢ ص ٤٥٤ •
(٥) الدكتور محمد مصطفى شلبى — محاضرات فى الوقف والوصية ص ٩ سنة ١٩٥٦م •
(٦) أخرجه الستة — كما جاء فى نصب الراية ج ٣ ص ٤٧٦ •

القربى — وفى الرقاب — وفى سبيل الله — وابن السبيل — والضيف — لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول (٧) والرأى الراجح — هو قول الصاحبين — بلزوم الوقف .

والوقف هو أحد المؤسسات التى أقامتها الدولة الاسلامية لكفالة الفقراء وهو نوعان : أهلى — وخيرى .

فالوقف الأهلى : يقصد به تأمين التكافل الاجتماعى لأقرباء الواقف وذريته وذلك احتفاظا لهم بقدر مناسب من العيش طول حياتهم — بحيث يؤول ما يدره بعدهم الى جهة خير لا ينقطع — كالفقراء — والمؤسسات الاجتماعية .

والوقف الخيرى : يكون لتمويل التكامل الاجتماعى لكل جهات البر والخير — وهى متعددة . لا تدخل تحت حصر — ويحددها الواقف فى شروطه .

وقد كان فى واقع المجتمع الاسلامى — أوقاف لكفالة الأيتام — واللقطاء — والعجزة — والعميان — والمقعدين .

كما وجدت أوقاف على المساجد — والمدارس — والمستشفيات — والمقارىء — والتكايا — والسقايات — والمقابر .

وأوقفت أعيان على القرض الحسن — والأشجار المثمرة — والتزويج الشباب — والفتيات — ونحر الأضاحى فى عيد الأضحى — وتوزيعها على الفقراء فى رمضان .

---

(٧) الشافعى — الأم جـ ٣ ص ٢٨٠ (ط — الشعب) .

وكذلك أوقفت أموال على اعداد السلاح والخيول للجهاد ــ وتجهيز المقاتلين ــ بالمال وغيره ــ واصلاح الجسور ــ والطرقات العامة •

والوقف : اجراء اختيارى للفرد ــ بعكس الزكاة ــ فهى فريضة واجبة ــ وبعكس الصدقة ــ اذ تصبح واجبة عند لزومها •

تلك هى ركائز كفالة العيش الكريم فى النظام الاسلامى ــ تؤمن بها الدولة • حياة المحتاجين ــ وتكفل بها معيشة المعوزين :

« والله أعلى وأعلم »

د / عبد الصمد سيد محمد صميدة

نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم والمشوهين خلقياً في الشريعة والقانون

د/ محمد زين العابدين طاهر محمد
مدرس القانون الجنائى
بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

تمهيد وتقسيم :

مما لاشك فيه أن للحالات الصحية والخلقية التى تتسم بطابع الخروج عن المألوف فى مجال السنن الكونية اعتبارا فيما يتعلق بسريان الأحكام التى تسرى على مثيلاتها من الحالات السوية الأخرى ، وهذا الاعتبار مرجعه أساسا الى طبيعة المعطيات التى تنطلق من هذه الحالات غير السوية أيا كانت طبيعتها وأيا كان مجالها ، أى سواء كان ذلك فى نطاق الحالات الميئوس من علاجها ، أو الحالات الخاصة بالمشوهين خلقيا ، وسواء كانت المعطيات طبية أم شرعية أم قانونية وسوف نحاول بعون الله وتوفيقه القاء الضوء على هذه المعطيات المختلفة لكلتا الحالتين لمعرفة نطاق وحدود الحماية الجنائية التى تترتب على ذلك وذلك فيما يأتى:

---

(١) أى الذين لحقهم نوع من عدم السوية فى الخلقة ــ بكسر الخاء لا بضمها كما سوف نشير الى ذلك فى حينه ٠

المطلب الأول

المعطيات الطبية لكل من الميئوس من علاجهم والمشوهين خلقيا

أولا : بالنسبة الميئوس من علاجهم :

قبل التعرض لهذه المعطيات الطبية يجدر بنا القاء الضوء على المضمون الخاص بالميئوس من علاجه ثم على تلك المعطيات •

الميئوس من علاجه : هو الشخص الذى اعتراه مرض عضال غير قابل للعلاج فى الوقت الراهن (٢) • أو بمعنى آخر : هو الشخص الذى أصيب بمرض ما واستنفذ الأطباء معه كل وسائل العلاج وصار غير قابل للشفاء (٣) • ومثل هذه الأمراض الميئوس من علاجها غالبا ماتكون أمراضا قاتلة بالنسبة للانسان ، ومن هذا المنطلق كان للعديد من هذه الأمراض الآثار السيئة على شخصية المريض ونفسيته وحياته التى قد تدفعه فى كثير من الأحوال الى الخلاص من نفسه أو الانتحار ، فالعلاقة وثيقة بين صحة الانسان ونفسيته (٤) ، لأن الصحة والمرض

---

(٢) انظر مضمون هذا المعنى د• أحمد شرف الدين ـ الحدود القانونية والانسانية للانعاش الصناعى ـ بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية (المجلد التاسع عشر) العدد الثالث نوفمبر ١٩٧٦م ص ٤٥٨ •

(٣) وصيرورته غير قابل للشفاء انما كان بحكم علم البشر ، أى بمقتضى الأسباب التى هى فى مكنه ومقدور البشر لا بحكم علم الله سبحانه وتعالى وقدرته على الشفاء والا فما من داء الا وضع الله له دواء ولذلك كان الطب فى كل يوم يظهر بالجديد فى هذا المجال •

(٤) انظر د• محمد السعيد رشدى ـ الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ـ دراسة مقارنة ص ١٤ ط ١٩٨٧م •

ليسا من خصائص الأجسام العضوية وحدها بل يشملان النفوس والأرواح أيضا ، فالانسان ليس جثة ناطقة فحسب بل هو نفس عاقلة (٥) أيضا لها مسلكها ووضعها الخاص فى الحياة •

وعلى الرغم من ذلك أى من حيث ما يعترى مثل هذه الحالات من يأس فيما لحق بجسم الانسان من الداء العضال الذى أستنفد كل وسائل العلاج ـ فان لهذه الحالات معطياتها المختلفة فى المجالات المتعددة من النواحى الطبية والشرعية والقانونية (٦) • مما يجعلها محل اعتبار فى الابقاء على الميئوس من علاجه والمحافظة عليه بكافة الوسائل المختلفة ، ومن بين هذه الوسائل الوسائل الطبية أو العلاجية التى ننطلق أساسا من المعطيات الطبية التى تجعل هذه الحالة منوطة بتلك الوسائل العلاجية أو الطبية من حيث المحافظة على الميئوس من علاجه والابقاء على حياته ، ولما كانت لهذه المعطيات الطبية اعتبارها وآثارها فى هذا الصدد كان من الجدير بنا التعرض لهذه المعطيات لبيان ما لها من اعتبار فى المحافظة على مريض هذه الحالة •

المعطيات الطبية الخاصة بالميئوس من علاجه :

مما لاشك فيه أن الميئوس من علاجه انما هو انسان يتسم بالطبيعة البيولوجية ويشتمل على العديد من الأعضاء التى تقوم بمهامها الوظيفية فى الحياة من الوجهة التشريحية (٧) والاجتماعية وأن أى خلل فى هذه

---

(٥) د• عبد الستار أبو غدة ـ المبادىء الشرعية للتطبيب والعلاج ـ بحث مقدم الى المؤتمر العالمى الثانى للطب الاسلامى المنعقد بالكويت ١٦٨٣م والمنشور بمجلة المسلم المعاصر السنة التاسعة العدد ٣٥ ص١٠٥

(٦) وسوف نشير الى هذه المعطيات الشرعية والقانونية فى المطلب الثانى من هذا المبحث •

(٧) وانظر تفصيلا فى كيفية القيام بهذه المهام الوظيفية للأعضاء وخاصة الأعضاء الحيوية الهامة كالقلب د• شفيق عبد الملك ـ علم التشريح ووظائف الأعضاء ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ ط ٧ مصورة •

الناحية من شأنه أن يعكر على الانسان صفو حياته ، فهـو وان كان قد داهمه المرض القاتل الا أن ذلك لا يعنى اهـدار حقه فى العلاج ، لذلك فان هذا الخلل الذى دب فى العضو من الناحية التشريحية أساسا فى ثبوت حق المريض فى مواجهة الأطباء ببذل كل وسـائل العلاج — أيا كانت طبيعة الداء الذى اعتراه — للمحافظة على حياته وسـلامة جسمه أو حيويته وفقا لـما تقضى به قواعد وأخلاق المهنة الطبية ، لأن ذاتية مظاهر جسم الانسان التى هى احدى الصفات المميزة له فى الحياة عن غيره ممن هم فى عداد الموتى أو « ميتى الاحياء » هى التى تنطلق من حيويته (٨) التى مكمنها القوى الحيوانية فى الانسان (٩) ، ولما كان لتنظيم العلاج الطبى • وظائفـه الهامة واعتبـاره فى أعين النـاس جميعا (١٠) فانه من هذا المنطلق كان الأطباء مطالبين ببذل قصارى الجهد تجاه المريض الميئوس من علاجه فى سبيل المحاولة لانقاذ حياته وسلامة جسمه ، لأن أهمية مادة الجسم تأتى من منطلق المحافظة على المهام الوظيفية للأعضاء من الوجهـة التشريحية وما يستتبع ذلك من القيام بالمهام الاجتماعية والشرعية والقانونية التى تتضافر أساسا مع الوظيفة الاجتماعية للعمل الطبى التى منحت الأطبـاء حق امتياز على جسم الانسان (١١) والتى تكمن أساسا فى المحافظة على حياة وسلامة

---

(٨) انظر مجلة لايف الطبية العلمية — العدد الخاص بجسم الانسان ص ٣٥ ط ١٩٦٨م د. آلان ايمانورس .

(٩) أى القوة التى اذا حصلت فى الأعضاء هيأتها لقبول قول الحس والحركة وأفعال الحياة .

انظر القانون فى الطب لابن سينا ج ١ ص ٧٠ ط جديدة بالأوفست مصورة عن طبعة بولاق .

(١٠) انظر د. محمد عبد المنعم نور — الطب والمجتمع ص ٤٥ ط ١٩٨٣م .

(١١) انظر فى ذلك :

R. SAVATIER : Impérialisme médical sur le terrain du droit. R. DALLOZ 1952 p. 157.

الأفراد (١٢) للقيام بتلك المهام الوظيفية ، لذلك فان تحسين صـحة الفرد واسعاده هو هدف اجتماعي الزامي (١٣) ، ومن هنا كان الطبيب حكما ونائبا عن المجتمع في تقرير ما يراه مفيـدا للمريض والمجتمع في مثل هذه الحالات الميئوس منها (١٤) متى كان ذلك في اطار الحـدود الشرعية والقانونية ، ومن هنا كان من واجبات الطبيب عدم الاكتفـاء بتقديم الدواء التقليدي أو الوسائل العلاجية التقليدية ، بل يجب عليه اللجوء الى كل ما من شأنه أن يأنس فيه محاولة الحصول على الشفاء ـ باذن الله ـ من الوسائل الطبية الحديثة أملا في احراز الدرجات المرضية من التقدم الصحي والنفسي للمريض الميئوس من حياته ولو كان ذلك بوضعه تحت أجهزة الانعاش الصناعي (١٥) ، هـذا من ناحية ، ومن ناحية أخـرى أن العلاج الطبي يمنع كثيرا من المآسي (١٦) التي تمثل منطلقا للعديد من المشاكل الاجتماعية والاقتصادية والصحية الأخرى ، خاصة اذا كان على ضوء الايجابيات الطبية التي أحدثها التقدم الطبي الهائل في هذا العصر وما ترتب على ذلك من نتائج طبية في هذا المجال فهناك العديد من الأمراض التي كان ميئوسا من شفائها من قبل أصبحت

---

(١٢) انظر في هذا الحق أيضا :

R. SAVATIER : Securité humaine et Responsabilité civile du médecin DALLOZ 1967 P. 35

(١٣) انظر د. سعيد محمد الحفار ـ البيولوجيا ومصير الانسان ص ١٩٣ ط (١٩٨٤) .

(١٤) د. أحمد شرف الدين ـ الحدود القانونية والانسانية للانعاش الصناعي ص ٤٥٩ (مشار اليه سابقا) .

(١٥)

15. Dr. ALY ABD EL-NABY : Fronesic Medecin and Toxicology P. 25, (1975)

(١٦) الموسوعة الطبية الحديثة جـ ١٢ ص ٦٩٢ ترجمة مجموعة من كبار الأطباء . د/ ابراهيم أبو النجا ، د/ عيسى حمـدي المـازني ، د. لويس دوس .

محلا للعلاج بل وتحقق فيها الشفاء ــ باذن الله تعالى ــ كما هو الحال بالنسبة للأعضاء التالفة التى ثم استبدالها بأخــرى عن طريق النقــل والزرع سواء كان مصدرها انسان حى (١٧) أو جثة ميت (١٨) ، أو كان عن طريق نقل الدم (١٩) ، أو غير ذلك من وسائل العلاج الأخرى لمثل هذه الأمراض وغيرها من الأمراض الأخرى التى تماثلت للشــفاء اليوم (٢٠) ، والتى لازال بعضها محل اجتهاد من قبل الأطباء للبحث عن وسيلة علاج له (٢١) ، ولأنه مهمــا قرر الأطبــاء أنه لا علاج للمرض

---

(١٧)

17. Dr. JEAN-YVES NEVEUX : L'homotransplatation Rénale chez l'homme. (Cahiers Laennec) Mars 1966, P. 15 et s, G.F. MONTIER : A brobos des Greffes du Cœur. (Gazette du Palais) P. 84, (1968).

(١٨)

18. René SAVATIER : Le problème des Graffes d'Organies prélevés sur un Cadavre Dalloz. P. 89, (1968).

وتفصيلا انظر : رسالتنا الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى دكتوراة ١٩٨٦ وخاصة ص ٣٣٨ ، ٤٢١ .

(١٩) انظر :

R. SAVATIER : De sanguine Jus, Dalloz, P. 141 et s. (1954).

(٢٠) كما هو الحال بالنسبة لمرض (*Hodkin*) وهو مرض فتاك وقد أمكن علاجه بواسطة الأشعة : وأيضا مرض hémolytique neonatial الذى يلحق بالأطفال حديثى العهد بالولادة حيث توصل الى علاجه وشفائهم عن طريق تغيير الدم (انظر فى ذلك : د. محمد سامى السيد الشوا ــ الحماية الجنائية للحق فى ســلامة الجســم ص ٤١٧ ط ١٩٨٦ .

(٢١) كما هو الحال بالنسبة لمرض (Toy SAKE) وهو مرض يولد به الطفل ويظهر وكأنه سليم ولكنه يبدأ فى المعاناة من سن الثانية ثم لا يلبس أن يموت ، وكذلك مجموعة الأمراض التى يطلق عليها أمراض (DAWNS SYNDROME)

=

المئوس منه فان ذلك ليس محل اعتبار ، لأن لكل داء دواء لقوله عليه الصلاة والسلام : « عباد الله تداووا فانما خلق الله لكل داء دواء (٢٢)، واذا صادف الداء الدواء برىء صاحبه باذن الله ، أيا كانت طبيعة الدواء مادية أو روحية(٢٣) ، فالشفاء هو منة صاحب الشرع على المرضى من عباده ، لأن الذى وضع الشرع هو الذى وضع الطب (٢٤) ، ولأن سبب الابقاء على حياة الميئوس من علاجه من الوجهة الطبية هو أنه من المستحيل أن يعرف الأطباء على وجه التأكيد ما اذا كانت حالته غير قابلة الشفاء ، فقد شفيت حالات من قبل كان ميئوسا من شفائها (٢٥) ـ كما سبق القول ، وقد يجد جديد فى مجال العلم يتيح شفاء مثل هذه الحالات التى نحن بصددها (٢٦) ، ومن هذا المنطلق كان الواجب على الأطباء العمل على ابقاء حياة مثل هؤلاء المرضى

=

راجع فى ذلك : د. الحفار ـ البيولوجيا ومصير الانسان ص ٨٨ وما بعدها ، وانظر بعض الأمراض القاتلة فى الطب الاسلامى . طب الرازى ـ دراسة وتحليل لكتاب الحاوى ص ١٨١ ، ١٨٢ (ط محققة) .

(٢٢) رواه أبو داود ج ٤ ص ٣ ط (بيروت) .

(٢٣) كما هو العلاج بطريق الرقيا فى الشريعة ، وقد كان لها أثرها فى شفاء العديد من الأمراض التى كانت مستعصية على الطب البشرى كالصرع الناجم عن الأرواح الخبيثة (انظر زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ٦٦ وما بعدها ط بيروت) والسحر وغيره من الأمراض التى تخرج عن قدرة الطب البشرى وانظر أيضا : الطب النبوى لابن القيم أيضا ص ٧،٥ (ط محققة) ، تفسير القرطبى المجلد الثانى ص ١٢٧٦ ط أولى ، أيضا المدخل للطب الاسلامى د. محمد على مطاوع ص ٥٢ (١٩٨٥) وفى التعويل على هذه الوسيلة انظر أيضا : الموسوعة الطبية الحديثة ـ المشار اليها سابقا ج ١٢ ص ١٦٩٢ وما بعدها .

(٢٤) قواعد الأحكام للامام العز بن عبد السلام ص ٤ ط دار الشروق .

(٢٥) انظر : الموسوعة الطبية الحديثة ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢٦) د. محمد على مطاوع ـ المدخل للطب الاسلامى ص ١٨٢ .

الميئوس من حياتهم وامدادهم بأقصى ما يسعهم لتخفيف آلامهم وتهيئة قصارى جهودهم لاراحتهم (٢٧) ، فالمريض اذا شعر بأن لدائه دواء تعلق قلبه بروح الرجاء وبرد من حرارة اليأس وانفتح له باب الرجاء وكان سببا فى قوة نفسه وانبعاث الحرارة الغريزية فيه وقوة الأرواح الحيوانية والنفسية والطبيعية(٢٨) ، ولا حرج على الطبيب اذا ما رأى علاجه أخفق فى أن يستنير باستشارة زملائه المختصين ، ولا ينقص هذا من مكانته ويترك علاجه ويلجأ الى العلاج المقترح(٢٩) ،وهذا الاجتهاد قد يكون له أثره فى الشفاء ـ باذن الله ـ خاصة اذا ما صادف هـذا الدواء أو العلاج داء المريض (٣٠) العضال أو الذى نعصى علاجه .

ثانيا : بالنسبة المشوهين خلقيا :

المشوة خلقيا : هو الذى خلق على غير الوضع البدنى السوى ، أو هو : الذى لحقت به بعض التشوهات الخلقية التى تخرجه عن عداد الأسوياء فى المجتمع من بنى جنسه ، وقد يكون ذلك مصـدره العامل الوراثى ، لأن المظهر الاجمالى للكائن يكون محكوما باجمالى الجينات التى نقلها اليه الأبوان (٣١) .

والواقع أن الحالات الخاصة بالمشوهين بدنيـا أو خلقيا لا تخلو من حالتين :

---

(٢٧) انظر المرجعين السابقين الموسـوعة ج ٢ ص٢٣٥ ، المدخل للطب الاسلامى ص١٨٢ ، وانظر ايضا . طب الرازى ص١٦٠ .

(٢٨) الطب النبوى لابن القيم ص ١٢ .

(٢٩) انظر الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى د. يحيى شريف د/ محمد عبد العزيز سيف النصر ، د/ مشالى ج ٢ ص١٨ ط ١٩٥٨ .

(٣٠) وانظر فى ذلك وعلى سبيل المثال : طب الرازى ص ٣٠٦ .

(٣١) د. الحفار ـ البيولوجيا ومصير الانسان ص ٢٩ .

الأولى : وهى التشوهات المكتسبة التى تلحق بالشخص نتيجة اصابته بحادث معين ترتب عليه ذلك كحوادث الحروق ، واصابات العمل فى حوادث العمل وحوادث السيارات والقطارات ، وكذلك الاصابات الناجمة عن ممارسة لون من الرياضات العنيفة كالملاكمة والمصارعة الحرة وما يترتب على ذلك من تشوهات الوجه وغير ذلك ، أى أن هذا النوع من التشوهات يكون الانسان قد ولد سوى الخلقة ثم حدثت له هذه التشوهات المكتسبة .

الثانية : وهى التشوهات الخلقية — أى الطبيعية — وهى التى يولد بها الانسان وهو على هذه الحالة ، وقد يكون محل هذه التشوهات الخلقية عضو أو أكثر وقد يكون داخليا — أى خاص بعضو داخلى فى الجسم — وقد يكون خارجيا — أى خاص بأعضائه الخارجية كالوجه والأطراف وغيرها (٣٢) ، وقد يكون هذا التشوه راجعا الى التصاق توأمين فى عضو أو آخر (٣٣) وقد يكون هذا التشوه راجعا الى اختلاف هيئة المولود أو طبيعته عن هيئة الانسان ، وقد يكون هذا الاختلاف

---

(٣٢) كما هو الحال بالنسبة للشفاه الكبيرة الحجم أو المشقوقة أو الأنف الصغير أو الكبير أو القطساء أو المقوسة ، والأذن الصغيرة الضامرة أو الكبيرة الواقفة ، والنهود الضامرة ، وكذلك طول القامة المفرط او القصر غير المعهود وانظر فى عرض بعض الأمثلة للتشوهات والعيوب الخلقية الأخرى : د. محمد السعيد رشدى الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٩ ، وانظر فى أنواع هذه الحالات د. محمد سامى — الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٥٠٠ .

(٣٣) فقد وضعت سيدة مصرية فى صعيد مصر توأمين ملتصقين عند البطن والصدر وبحبل سرى واحد ولهما أربع أياد وأربع أرجل انظر جريدة الوفد عدد (الجمعة) ١٨ مارس سنة ١٩٨٨ ، وأيضا ما طالعتنا الصحف من ولادة توأمين ملتصقين فى الرأس فى جنوب أفريقيا ، وتم اجراء عملية فصل لهما . الاخبار (الاثنين) ١٩٨٨/٥/٩ العدد ١١٢٢٧ ص ١٠ .

كليا فى الهيئة أو الصورة ، كما لو كان المولود أشبه بصـــورة الحيوان (كالقرد مثلا) ، وقد يكون هذا الاختلاف جزئيا كما لو كان المولود مختلط الهيئة ، كما لو كان نصـــفه الأعلى لانسان والآخر فى صـــورة حيوان وقد يكون ناقص عضو ، أو زائد (٣٤) ، وقد يكون فى اختلاف مواضع الأعضاء وغير ذلك مما هو خارج عن الخلقة السوية المـــألوفة فى بنى جنس المشوه ومما لاشك فيه أن المشوة خلقيا ـــ وان كان الله عز وجل يمنحه نعمة السوية فى الخلقة الا أنه سبحانه وتعالى قد منحه الحياة ، ولا يعنى فقدان الأولى اهدار الثانية ، ذلك لأنه سبحانه وتعالى أدخله فى عداد التكريم الألهى الذى أسبغه على عنصر أوصفة الآدمية فى الانسان لقوله تعالى : « ولقد كرمنا بنى آدم » (٣٥) واذا كان سبب الوهن والضعف أو المرض لا يسأل عنه الشخص غالبا (٣٦) فانه من باب أولى من كان لصيقا بشخصه من حيث التكوين الخلقى الذى قدر الله له أن يوجد عليه ، ولذلك فهو لا يسأل عنه (٣٧) ولو كانت الخلقه ينفر منها ضعاف النفوس أو كانت محل اشمئزاز من الغير .

ولما كان لهذه التشوهات الخلقية فى بعض الأحوال بعض الآثار الخطيرة على حياة المرء الاجتماعية ونفسيته بل وعلى شخصيته أيضا ، فانه متى كان التشويه أو العيب البدنى قابلا للاصلاح والعلاج فانه

---

(٣٤) فقد ولد فى الصين طفل له رأسان وله قلب واحد وأمعـــاء واحدة وله عمودان فقريان ومعدتان . انظر المجلة العربيـــة العـــدد ١٠٢ س ١٠ ١٩٨٦ ص ١٦ ، كما ولد طفل فى جمهورية مصر العربية له ثلاثة رءوس وست أصابع فى كل يد وقدم جريدة المساء ٧ يناير سنة ١٩٨٨ (الخميس) ص ٤ ، كما ثبت أيضـــا ولادة طفل مشوه بثلاث أرجل ـ الأهرام عدد ١٤ يوليو سنة ١٩٨٧ ص ٢٠ .

(٣٥) سورة الاسراء الآية ٧٠ .

(٣٦) الطب والمجتمع ص ٤٣ (مشار اليه آنفا) .

(٣٧) قواعد الأحكام جـ ١ ص ١٣٨ (دار الشروق) .

لا حرج على الشخص فى ذلك . لتفادى ما يمكن ان يتعرض له الشخص من الآثار الاجتماعية (٣٨) والنفسية السيئة من جراء هذه العيوب أو التشوهات الجسدية ، الأمر الذى يجعل التدخل الجراحى بطريق التجميل حسبما تعوزه الحاجة هو العلاج الوحيد لوضع حد لسوء الحالة النفسية التى تؤذى المبتلى بالعاهة فى جسمه (٣٩) ، ولأن اصلاح هذه التشوهات يجعله داخلا فى مفهوم الصحة ، لأن الصحة حالة تستلزم كون البدن جاريا على المجرى الطبيعى(٤٠) ، ولأن الطب حافظ للصحة دافع للمرض ، فالواجب البقاء وعدم اختلال البنية (٤١) أيا كان الاختلال داخليا أى خاص بالأعضاء الداخلية ووظائفها أو خارجيا أى خاص بالأعضاء الخارجية الذى يمثل هيئة الانسان على الوضع والصورة التى يجب أن يكون عليها دون عيب أو خلل ، لأن هيئة الانسان انما هى تابعة للجسم (٤٢) ، كما أن بقاء الأعضاء على الهيئة السابقة تعتبر نوعا من السلامة المعنوية للشخص التى تقتضى الاعتراف للفرد بحقه على الهيئة أو الصورة التى تعكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته (٤٣) الأمر الذى يجعل للعمليات التجميلية فى هذا المجال أهمية كبيرة أيا كانت طبيعتها ولو كانت عن طريق ترقيع

---

(٣٨) د. محمد على مطاوع ـ مدخل الى الطب الاسلامى ص ١٩٢ .

(٣٩) انظر : حسين عامر ، عبد الرحيم عامر .

المسئولية المدنية ـ التقصيرية والعقدية ص ٢٠٥ (ط ٢ ١٩٧٩م).

(٤٠) انظر : تذكرة أولى الألباب والعجب العجاب لداوود بن عمر الأنطاكى ج ٢ ص ١٣٨ ط صبيح ، النزهة المبهجة فى تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة لابن عمر الانطاكى ج ١ ص ١٣٨ بهامش التذكرة . نفس الطبعة .

(٤١) تذكرة أولى الألباب ج ٢ ص ١٤٠ (والمسمى بتذكرة داوود).

(٤٢) انظر : حاشية أبى الضياء نور الدين ج ١ ص ٢٨ مطبوع بهامش نهاية المحتاج للرملى (ط مصطفى الحلبى) .

(٤٣) د. حسن كيرة ـ المدخل الى القانون ص ٤٢٢ ط (١٩٧١م).

عضو غير كامل البنيان ، أو ازالته وزرع آخر مكانه ، أو اصلاح عضو مشوه جزئيا (٤٤) ، طالما كان ذلك فى اطار تحقيق المصالح المشروعة ولم يكن من منطلق التغيير لخلقة الله (٤٥) ، أو تؤدى الى حدوث ضرر أشد أو مفسدة أعظم من المراد ازالتها ، والا دخلت فى الاطار المنهى عنه شرعا ، لقوله تعالى : « ولآمرنهم فليغيرن خلق الله (٤٦) (حكاية من أبليس لعنه الله) ، وقوله : « لا تبديل لخلق الله » (٤٧) ، وللقاعدة الشرعية التى تقرر « ان درء المفاسد مقدم على جلب المصالح »(٤٨) ، وقانونا(٤٩) أيضا ومتى كانت هذه الوسيلة العلاجية — أى الجراحية التجميلية — قد تمت فى اطارها الشرعى والقانونى فانها تفتح آفاقا جديدا للمشوه الخلقى فى مجال الصحة والسعادة من ناحية ، وأعمال حقوقه المكتسبة شرعا له خاصة فى مجال السياسة الشرعية أو الولاية العامة (٥٠) من ناحية أخرى بالاضافة الى تحقيق الصورة الجمالية والهيئة الحسنة السوية المستوحاه من قوله تبارك وتعالى : « وصوركم

---

(٤٤) انظر فى ذلك تفصيلا رسالتنا السابقة — نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء جـ ١ ص ٣١٣ وما بعدها وأيضا ، الجوانب الشرعية والقانونية لجراحة التجميل د. محمد السعيد رشدى ص ٩ وما بعدها ، الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم د. محمد سامى السيد ص ٤٩٩ وما بعدها (ط ١٩٨٦) ، الموسوعة الطبية الحديثة جـ ١٠ ص ١٥١٣ .

(٤٥) انظر : د. محمد على مطاوع فى المدخل للطب الاسلامى .

(٤٦) سورة النساء الآية ١١٧ .

(٤٧) سورة الروم الآية ٢٩ .

(٤٨) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٠ .

(٤٩) انظر فى ذلك : كورنبروبست فى رسالته : جراحوا التجميل من ادعاء القدرة على التغيير فى الخلقة التى صنعها الله هو عمل شائن .

(٥٠) كما هو الحال بالنسبة للامامة حيث اعتبر بعض الفقهاء ان بعض التشوهات الخلقية مانعة من انعقاد الامامة فى حقه . انظر على سبيل المثال : الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٨ ط (١٢٩٨هـ) .

فأحسن صـــوركم » (٥١) ، وقوله : « لقد خلقنا الانســـان فى أحسن تقويم » (٥٢) فحسن الصورة وجمال المظهر وحسن القوام هما عنصر الجمال فى الانسان حتى لا ترى أحدا يتمنى أن يكون على غير هذا التقويم والصورة التى أنشىء عليها (٥٣) الانسان من الخلقة السوية •

كما أن هناك من الأعضاء فيها من الجمال والنفع الكامل ما يجعل الآدمى يمتـــاز به من بين ســـائر الحيوانات فتفويته فى معنى تفوته النفس (٥٤) • ونظرا لما فى تفويت هذه الأعضاء من منافع وجمال كان قطعه ، أو تشويهه يعتبر عاهة مستديمة (٥٥) وموجب لتطبيق العقوبة المقررة شرعا وقانونا فى هذا الصدد •

المطلب الثانى

المعطيـــات الشرعية والقانونية لكل من الميئوس من علاجه والمشوة خلقيا

أولا : بالنسبة للميئوس من علاجه أو حياته :

اذا كانت الوظائف العضوية التى تقوم بها الأعضاء فى جســـم الانسان تنال أهمية فائقة من الوجهة التشريحية فى مجال ابقائها على الوضع الذى وجدت عليه والمحافظة عليها بكل الوسائل العلاجية اذا

---

(٥١) سورة غافر الآية ٦٣ •

(٥٢) سورة التين الآية ٤ •

(٥٣) بدائع الصنائع ج ١ ص ٩٠ طبعة الامام طبعة ثانية •

(٥٤) انظر : المبسوط للسرخسى ج ٢٦ ص ٦٨٠ ، كشاف القناع ج ٥ ص ٥٤٩ ط ١٤٥٢هـ •

(٥٥) الطب الشرعى النظرى والعملى د• محمد عبد العزيز سيف النصر ص ١٥٩ ط ١٩٥١م •

ما اعتراها خلل ، فانها أيضا محل اعتبار مطلق من الوجهـة الشرعية والقانونية من حيث ابقائها والمحافظة عليها أيضا يمنع كل ما من شأنه النيل من سلامة الحياة أو الجسم ولو كان قد اعتراها من الخلل الوظيفى ما لا يرجى معه العلاج أو ما أصبح به الشخص ميئوسا من حياته .

وتأتى أهمية المعطيات من الوجهة الشرعيـة والقانونية من حيث كون الانسان محلا للتحمل بالحقوق والواجبات أيا كان مجالها الشرعى أو بمعنى آخر تعبديه أو اجتماعية ففى المجـال الشرعى : نجـد أن الشخص ملقى على عاتقه حقوقا متعلقة بالغير وفى مقـدمتها حق الله سبحانه وتعالى أو التكاليف الشرعية التى تنطلق أسـاسا من الوظيفة التعبدية للانسان (٥٦) التى أشار اليها سبحانه وتعـالى فى قوله : « وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون » (٥٦) بالاضافة الى حقوقه الخاصة وهى مصالحه (٥٧) ، لذلك كان حق الشخص على جسمه حق مشترك بينه وبين الله تعالى (٥٨) ومن هذا المنطلق لم تكن حياة الميئوس من علاجه ملكا له بحيث يمكن له اهدارها نتيجة ما أصـابه من مرض ميئوس من علاجه ، لأن القول بذلك من شـأنه أن يؤدى الى اهدار تلك الحقـوق الواجب أداؤهـا شرعا لأن الأداء هـو المقصـود فى حقه تعالى (٥٩) فلا يجوز اسـقاطه (٦٠) بأى حال ، ولأن حق الله يتعلق بالنفع العـام (٦١) للمجتمع ، أى الذى يعود على المجتمع وهو

---

(٥٦) سورة الذاريات الآية رقم ٥٦ .

(٥٧) انظر : فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مطبوع بهامش المستصفى ج ١ ص ٥٦ ط أولى .

(٥٨) قواعد الأحكام ج ١ ص ١٣٠ ط دار الشروق .

(٥٩) كشف الأسرار للبزدوى ج ٤ ص ٢٤١ ط بيروت .

(٦٠) الفروق للقرافى ج ١ ص ١٤٢ ط بالأوفست .

(٦١) التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٥١ ، كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٤ ط بيروت .

مضمون المصلحة العامة أو حقوق الجماعة التى تتحدد أساسا على مدى حقوق الله تعالى (٦٢) ، أما فى المجال القانونى ، فانه يقع على عاتق الشخص حقوق وواجبات أو ارتفاقات خاصة بالمجتمع ، والقيام بما يأتى فى اطار الوظيفة الاجتماعية التى تتعلق بالشخص بالاضافة الى الحق الفردى أو الشخصى للحق فى الحياة وسلامة الجسم ، لذلك فان حق الحياة أيضا هو حق اجتماعى قبل أن يكون فرديا (٦٣) ، بل هو يأتى فى مقدمة الأموال القانونية فى المجتمع (٦٤)، واذا كان الميئوس من علاجه له حق فى حياته ونفسه فان هذا الحق محدود ومقيد بحقوق غيره من أفراد المجتمع من ناحية وحقوق المجتمع من ناحية أخرى ، فلا يجوز التصرف فى الحق الثابت للفرد الا اذا كان بدون الخلال بالصالح الاجتماعى أو بالنظام العام (٦٥) ، ومن هذا المنطلق كانت حياة الميئوس من علاجه وسلامة جسمه محل حماية فى كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ، بل المحافظة عليهما ضرورة شرعية وقانونية ، لأن المحافظة على حياته تعنى المحافظة على هذه الحقوق بطريق التبعية واللزوم ، ولو لم يقم بأدائها فى المجتمع لوجود مانعه المرضى لأن مجرد المحافظة على حياته — كما سبق القول — يمثل

---

(٦٢) انظر المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية ص ٣٩٣ ط دار السعادة د٠ عبد الناصر توفيق العطار ، أستاذنا د٠سامح السيد جاد فى العفو عن العقوبة فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ص ١٣ ، ٥٢ ٠

(٦٣) انظر د٠ محمود نجيب حسنى — الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات ص ٥٦٦ — مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث ١٩٥٩م ٠

(٦٤) انظر : أستاذنا د٠ حسنين عبيد — فكرة المصلحة فى قانون العقوبات المجلة الجنائية القومية عدد مارس ١٩٧٨ ص ٣٩ ٠

(٦٥) د٠ على بدوى — القانون الجنائى ص ٣٨٣ ٠

ضرورة شرعية وقانونية ، ومن هنا كان أى إعتداء عليه محلا للمساءلة الجنائية فى كل من الشريعة والقانون كما سيتضح لنا فيما بعد .

ثانيا : بالنسبة للمشوه خلقيا :

أما بالنسبة للمشوه خلقيا فانه وان كان لم يمنحه الله نصيبا وافرا من الصحة والتقويم الانسانى السوى على وفق سنن الله فى خلقه من البشر ، الا أن شأنه فى كونه محلا للحقوق المتعلقة بالغير شأن الميئوس من علاجه بل شأنه شأن أى شخص آخر ممن هم سوى الخلقة ، فهو ناط للحقوق الاجتماعية والتكاليف الشرعية المقررة فى الاطار الشرعى والقانونى ، ويجب عليه القيام بها أيا كان مجالسها الوظائف الاجتماعية أو التعبدية ، أى سواء كان مجالسها شرعيا أو قانونيا(٦٦)، وارتباطه بهذه الحقوق وخاصة المتعلقة بالغير بالاضافة الى حقوقه الشخصية كان منطلقا لجعله مناطا للحماية القانونية بالنسبة لحياته وسلامة جسمه ، فالتشويه الخلقى أو البدنى الذى لحق بالشخص لا تتأثر به الوظيفة الاجتماعية أو التعبدية للشخص الا فى الحدود التى تعوقه عن ممارسة هذه المهام الوظيفية وبالقدر الذى لا يستطيع فيه القيام بالحقوق المنوطة به ، لأنه ليس كل ما يلحق بالانسان من وهن أو ضعف يكون الشخص مسئولا عنه دائما(٦٧) ، وخاصة اذا كانت من الصفات الفطرية أو الخلقية التى وجد عليها ولا ذنب له فيها مما هى تدخله فى دائرة المشوهين خلقيا(٦٨) ، لذلك كان وجه

---

(٦٦) انظر فى ذلك : مضمون المعطيات الشرعية والقانونية بالنسبة للميئوس من علاجه المشار اليها آنفا والمراجع المشار اليها فى هذا الصدد

(٦٧) انظر : الطب والمجتمع ص ٤٣ المشار اليه آنفا .

(٦٨) انظر فى ذلك : قواعد الأحكام للامام العز بن عبد السلام جـ ١ ص ١٣٨ .

المشروعية فى العمل الطبى الذى يصلح من مظهره ونفسيته بالصورة أو بالقدر الذى تخفف به من حالات اليأس التى تلحق به ضررا بقيمته الشخصية والاجتماعية(٦٩) وما قد يكون له من أثر على القيام بمهامه الوظيفية الشرعية والقانونية فى هذا الصدد وما يترتب عليه من أهدار حقوق الغير التى هى محافظ عليها شرعا والتى فى مقدمتها حق الله تعالى(٧٠) ومن هنا كان وجه النهى عن قتل النفس والالقاء بها فى التهلكة لقوله « ولا تقتلوا أنفسكم » (٧١) « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة »(٧٢) حتى يتمكن من القيام بهذه الحقوق أيا كانت طبيعتها شرعية أو اجتماعية أو قانونية ، لأن أى مساس بمستوى الوظيفة الاجتماعية للشخص يجعل التصرف خارجا عن دائرة الشرعية القانونية(٧٣) .

---

(٦٩) انظر فى ذلك :

PARANT : de la responsabilité des chirurigiens en matière de soins esthitique Th. (1932), p. 167.

مشار اليه فى الحق فى سلامة الجسم ص ٤٩٩ .

(٧٠) انظر قواعد الأحكام ج ١ ص ١٦٧ ، نظرية الضرورة الشرعية د. وهبة الزحيلى ص ٧٠ ط ٣ .

(٧١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٧٢) سورة البقرة الآية ١٩٤ ، وانظر أيضا تفسير روح المعانى للألوسى ج ٥ ص ١٦ .

(٧٣) انظر فى فكرة الوظيفة الاجتماعية ودورها فى الوفاء بهذه الحقوق أ.د. محمود نجيب حسنى ــ الحق فى سلامة الجسم ــ ص ٥٦٦ وما بعدها .

الفصـــــل الأول

نطاق الحماية الجنائية للميئوس من علاجهم والمشوهين خلقيا

تمهـــيد :

لما كان الميئوس من علاجة والمشوه خلقيا محل اعتبار من الوجهة الشرعية والقانونية نظرا للاعتبارات المتعلقة به من حيث كونه محـــلا للحقوق والواجبات الشرعية والقانونية شـــأنهما فى ذلك شأن أى فرد آخر فى المجتمع ، فانهما أيضا محل اعتبار فيما يتعلق بنطاق الحمـــاية الجنائية من الوجهتين الشرعية والقانونية من حيث حياتهم وســـلامة أجسادهم شأنهم فى ذلك شأن غيرهم ممن هم محل للحماية الجنـــائية من أفراد المجتمع ، واعمالا لهذا النطاق من الحماية الجنـــائية ، كان تجريم أى اعتـــداء من شأنه النيل من حيـــاة الميئوس من عـــلاجه أو المشوه خلقيا أو من سلامة أجسامهم فى كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى(١) ٠

ولما كان الاعتداء الواقع على كل من الميئوس من علاجه والمشوه خلقيا تحكمـــه اعتبارات خاصـــة تختلف فى طبيعتها عن الاعتبـــارات المتعلقة بالاعتداءات الأخرى الواقعة على غيرهم ، كان لهذا الاعتداء طبيعته الخاصة التى تمليها عليه الاعتبارات التى قد ترجع فى مجملها

---

(١) وانظر فى نطاق هذه الحماية بوجه عام :

مدى حق الانسان فى سلامة أعضائه فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى د٠ محمد زين العابدين طاهر ـ بحث ماجستير سـنة ١٩٨٢ ص ١٣٨ وما بعدها وأيضا : الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم د٠ محمد سامى السيد ص ٢٣٣ وما بعدها ٠

اما الى حسن النية ، أو إلى بعض الاعتبارات الأخرى الاجتماعية والأدبية أو الأخلاقية أو الطبية وسوف نتعرض لصور هذا النوع من الاعتداء الواقع على كل من الميئوس من علاجة أو المشوه خلقيا ، فنتعرض أولا للاعتداء الواقع على الميئوس من علاجه ثم للاعتداء الواقع على المشوه خلقيا فى هذا الفصل وذلك على الوجه التالى :

المبحث الأول

طبيعة الاعتداء على الميئوس من علاجه ونطاق الحماية الجنائية

« قتل الرحمة ، أو القتل اشفاقا »

قتل الرحمة أو القتل اشفاقا يعنى ، ذلك الموت الرحيم الذى يخاص مريضا ميئوسا منه من آلامه(٢) أى ان قتل الرحمة أو القتل اشفاقا ، هو نوع من القتل يرتكبه شخص ما ويقوم فيه بازهاق روح شخص بدافع الشفقة أو الرحمة لتخليصه من آلام مبرحة من مرض ميئوس من شفائه ، أو بمعنى آخر يعنى . فعلا ايجابيا أو سلبيا ينهى آلام مريض لا يرجى شفاؤه بالقضاء عليه رحمة به فقتل الرحمة: هو نوع من الاعتداء على حياة شخص يعانى من مرض عضال ميئوس من شفائه يقوم به شخص ما قد يكون طبيبا أو غيره لانهاء حياة هذا الشخص من منطلق الشفقة والرحمة تخليصا له من الآلام مبرحة استجابة لتوسلاته بعد أن يئس معه أهل الطب وتركه فى حالة يرثى له ، ومن هذا المنطلق كان وجه تسمية هذا النوع من القتل « بقتل الرحمة » أو « القتل إشفاقا » استيحاء من طبيعته ، وقد عرف فى

---

(٢) انظر :

R. MERLE et A. VITA : traité de droit criminal 2e. ed. 1973 NOS A 06.

مشار اليه د. أحمد شرف الدين فى البحث السابق .

عالم الطب والفقه القانونى بالأوتانازيا (٣) • أى القتل بدافع الشفقة أو الموت الهادىء بدون آلام ، أو الموت الطيب ، وأصبح هذا النوع من القتل يعنى فى مفهوم العالم المعاصر بصورة مبسطة « التعجيل بالموت » •

وهذا النوع من القتل الذى يرتكبه الفاعل مع المريض الميئوس من حياته تحت دافع الشفقة أو الرحمة أصبح محل اهتمام كبير لدى كل من الفقه والقضاء الوضعيين على السواء من ناحية ، ولدى فقه الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى ، خاصة وأن مثل هذه الحالات تحكمها بعض الاعتبارات الأخلاقية والطبيــة من ناحية ، والقانونية والشرعية من ناحية أخرى ، فالشخص العادى الذى يرى ملهوفا يتلوى من مرض عضال ويستغيث به من آلام لا يتحملها فى الوقت الذى لا يجد له من يخفف عنه وطأة هذا الألم من المرض الميئوس من علاجه الذى ينحو به نحو الموت تأبى عليه أخلاقياته ومبادؤه أن يراه يتلوى وهو على هذه الحالة وهو فى طريقه الى نهايته المحتومة دون أن يلبى استغاثته وتوسلاته لتقديم يد العون له فى الخلاص من عذاب هذا الألم واراحته منه ، وكذلك أيضا الطبيب الذى استنفد مع مريضه كل سبل العلاج فى الوقت الراهن، وفى نفس الوقت الذى يقدم اليه المريض

---

(٣) وقد عرفها البعض بأنها ظاهرة لا تتضمن شيئا استثنائيا . فهى الموت الطيب وهى اطفاء شعلة الحياة بصورة سريعة أو بطيئة دون آلام دى نهاية الشيوخ الذين ينطفئون وهى موت كثير من غيرهم فمن أصيبوا باصابات تستهلكهم ببطىء فى أيام أو ساعات ، ثم هى الموت المفاجىء • راجع ذلك نقلا عن (ليبنزى) فى دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د• عبد الوهاب حومد ص ٣٠١ ط ١٩٨٣ ، بحث متخصص له أيضا بعنوان « القتل بدافع الشفقة » منشور بمجلة عالم الفكر عدد ٣ س ١٥ ١٩٧٣م وانظر فى اطلاق هذه التسمية « الأوتانازيا » أيضا :
P. BOUZAT et J. PINATEL : Traité de droit pénal et de criminologie. P. 317 To. I (1970).

توسلاته واستغاثته ليريحه من هـذه الآلام والعذاب الذى فاق قدراته البدنية والنفسية فى تحمله وفى ذات الوقت الذى يعلـم الطبيب أنه يهوى به المرض الى نهايته المحتومة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن هذه الاعتبارات التى تحيط بكل من الشخص العـادى أو الطبيب المعالج أو أى أحد من الأقرباء وتحمله على اتخاذ موقف تجـاه ذلك المريض وهو يتلوى ويتوسل ويستغيث ، هذه الاعتبارات الأخلاقيـة تصطدم مع الاعتبارات القانونية والشرعية التى تجعل الاقدام على مثل هذا العمل ولو كان الباعث عليه ، اراحتـه من تلك الآلام المبرحة جريمة شرعيـة وقانونية وتقـع بفاعله — ولو كان طبيبا — فى اطار المسئولية الجنائية لجرائم القتل العمل فى كل من الشريعة والقانون . كما سوف يتضح بعد قليل(٤) .

من هذا المنطاق كان قتل الرحمة أو القتل اشفاقا محل تردد بين علماء الطب والأخلاق من ناحية وبين رجال الفقه القانونى(٥) وفقـه الشريعة الاسلامية من ناحية أخرى(٦) فى اطار الشرعية من عدمه .

ومن أشـهر الوقائع التى حدثت فى مجال قتل الرحمة أو القتل اشفاقا وكان لها صداها فى عالم الفقه الشرعى والقـانونى بل والطب أيضا ما يلى :

---

(٤) وسوف نشير الى ذلك فى الفصل الخاص بالمسئولية الجنائية والمدنية الخاص بهذا النوع من القتل .

(٥) انظر هذه الاتجاهات وأدلتهـا القانونيـة والأخلاقية والطبية تفصيلا فى دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د. عبد الوهاب حومد. ص ٣١٤ وما بعدها ط ١٩٨٣ ، الموسوعة الطبية الحديثة جـ ٢ ص ٢٣٤ .

(٦) وذلك من حيث اعتبار الاذن من المريض فى ذلك سببا فى عدم توقيع العقوبة المقررة شرعا فى هذا الصدد واعتباره شبهة دارئة للحد .

أولا : فى عام ١٩١٢ قتل أحد وكلاء النيابة الفرنسيين زوجتـه المصابة بشلل نصفى ناشىء عن اصابة « دماغية » وأثناء سـؤاله عن هذا السبب قال : انه قام بواجبه تجاه زوجته التى كانت تعانى آلاما لا تطاق وقد برأته المحكمة بعد عرض القضية عليها •

ثانيا : فى عام ١٩٢٥ قتلت فتاة تدعى « آيمنسكا » خطيبها الذى كان مصابا بالسرطان ، وأجريت له عملية جراحية ، ونقل دم ، ولكن الآلام التى ظل يعانيها كانت آلاما لا تحتمـل فراح يتوسل اليهـا بصورة ملحة لتنهى آلامه ، فضعفت ارادتها أمامه واستجابت لطلبـه وحقنته بكمية كبيرة من « المورفين » ، ثم أدخلت فوهة مسـدس فى فمه وأطلقت النار فوجد الراحة فى أحضان فتاته ، وقد برأتها المحكمة أيضـا •

ثالثا : فى عام ١٩٣٠ قتل شخص اسمه « ريساركورنت » أمـه المصابة بالسرطان وبرأته المحكمة أيضا(٧) • وغير ذلك من الوقائع التى حدثت أو تصادفنا حينا بعد حين فى هذا الصدد • واذا كان الأمـر كذلك فما هو حكم هذا القتل ؟

أولا : فى القانون :

الواقع أنه على الرغم من أن قتل المرحمة أو القتل اشـفاقا قد تمليه على الانسان بعض الاعتبـارات الأخلاقية فى بعض الأحـوال مما جعله محل تردد كبير بين الفلاسـفة والأطباء وفقهـاء القانون فى

---

(٧) انظر عرض هذه الوقائع وغيرها فى البحث الخاص بهذا الموضوع للدكتور عبد الوهاب حومد ـ بعنوان « القتل بدافع الشـفقة » ص ١٥ وما بعدها • والمشار اليه آنفا •

إطار المشروعية من عدمه ، وظهور بعض الجمعيات المنظمة لهذا النوع من القتل كجمعيات الموت الجميل أو الموت الهادىء(٨) ، على الرغم من ذلك ، الا أن هناك من الاعتبارات الدينيـة والأخلاقية والطبيـة أيضا والقانونية ما تكون مبررا قويا فى ترجيح جانب عدم المشروعية فى هذا الصدد عما هو دونه •

ومن هذا المنطلق فان الفقه القانونى يكاد يجمع على أن الاقدام على هذا الفعل يعتبر جريمة كاملة ويسأل مرتكبها عن قتل عمد(٩) ،

---

(٨) وهذه الجمعيات كانت محل اعتبار كبير فى مجال نقل الأعضاء البشرية باعتبارها مصدرا هاما من مصادر الحصول على الأعضاء البشرية فى بعض الأحوال خاصـة من الذين يرغبـون فى الاقدام على الانتحـار والتبرع بأعضائهم للمرضى مشاركة منهم فى الأعمال الانسانية وان كانت هذه الجمعيات غير مشروعة لمـا تتضمنه من ارتكاب جرائم القتل فى حق الأشخاص تحت حجة وستار الموت الخيرى أو الكريم •

(٩) انظر د/ محمـود نجيب حسنى ـ القسـم الخاص ص ٣٢٢ ط ١٩٨٨ ، ط ١٩٧٨ ص١٣ ، د/ فتحى سرور ـ القسم الخاص ص٥٣١ د/ عبد الوهاب حومد ـ دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن ص٣٢٩ ـ ١٩٨٣ ، د/ عوض محمد ـ جـرائم الاشـخاص والأمـوال ص ١١ ، د/ محمد زكى أبو عامر ـ القسم الخاص ص٣٩٧ وما بعـدها ١٩٧٧ ، د/ احمد شرف الدين ـ البحث السابق ص٤٥٨ ، د/ صبحى نجـم ـ رضاء المجنى عليه ص٢٦٥ ، عقد العلاج الطبى د/ محمد السعيد رشدى ص١٢٣ ، القانون الجنائى والطب الحديث ص١٩١

P. BOUZAT et PINATEL : op. cit. p. 377 et s., A. FAHMY ABDOU : le consentement de la victime P. 410 Paris (1971).

وانظر نقض ١٩٧٠/٤/٢٠ مجموعة أحكـام النقض القضية ١٤٨ ص٦٢٦ أشار اليه د/ زكى أبو عامر المرجع السـابق نفس الموضوع بالهامش •

ويؤيده فى ذلك القضاء أيضا ، لأنه وإن كان الباعث أو الدافع على ذلك نبيلا مرجعه الى دافع الشفقة والرحمة بالمجنى عليه الا أن هذا الدافع لا يعد مبررا لرفع الصفة التجريمية عن الفعل أو الدخول به فى اطار الشرعية ، وبالتالى فى نفى المسئولية الجنائية عن المتهم ولو كان ذلك برضاء المريض الميئوس من علاجه(١٠) اذ ليس رضاؤه محل اعتبار فى هذا الصـــدد ، لأن حياته ـــ كما سبق القول ـــ هى ليست حقا له بقدر ما هى حق للمجتمع ، والقانون حينما يسبغ حمايته على الشخص انما يحمى حيـــاته بغض النظر عن حيوية جســـمه أو الحالة الصحية له،ولا تتأثر الحماية القانونية للحياة بخصائصها الفسيولوجية أو النفسية أو الاجتماعية ، واليائس من الحياة الذى حاول من قبل الانتحار أو المريض الذى يعانى من مرض خطير يحميه القانون حمايته لصحيح البدن ، فلا عبرة بمقدار شعور المجنى عليه بحياته أو استمتاعه بها(١١) • وهو ما أقره الطب أخيرا(١٢) ، وقررته الاتفاقات الدولية من خلال الاعلان العالمى لحقوق الانسان(١٣) ، وتستمد هذا النطاق من الحماية الجنائية مع المريض الميئوس من علاجه ولو كان يســـعى اليه الموت بحيث يمكن القول معه بأنه هالك لا محالة(١٤) ، كما يمتد أيضا هذا النطاق من الحماية الجنائية الميئوس من علاجه الى تجريم

---

(١٠) انظر المراجع السابقة ، د/ جلال ثـــروت ـــ القســـم الخاص (جرائم الاشخاص) ص٤٥ ط١٩٨٠ د/ عبد الرحيـــم صدقى ـــ الوجيز فى قانون العقوبات الخاص ص٦٧ ، ٨٣ ، ١٩٨٥ •

(١١) د/ محمود نجيب حسنى القسم الخاص ص٣٢٢ ط ١٩٨٨ •

(١٢) الموسوعة الطبية الحديثة جـ ٢ ص٢٣٥ •

(١٣) انظر فى ذلك تفصيلا ـــ د/ محمد سامى السيد ـــ الحمـــاية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٤١ وما بعدها •

(١٤) د/ عوض محمد ـــ جرائم الأشخاص والأموال ص١٠٣ ط١٩٧٢.

العبث بجسم أو بأعضائه أو المساس بها في مجال النقل والزرع للأعضاء شأنه في ذلك شأن الصحيح المعافى ، فكما لا يجوز الاعتداء على الصحيح المعافى في غير اطار الشرعية لنقل عضوه — أى في حالة عدم توافر الضمانات الطبية والقانونية الواجب توافرها لمشروعية نقل العضو — فكذلك أيضا لا يجوز الاعتداء على المريض الميئوس من علاجه أو حايته للحصول على عضو منه لانقاذ الغير أيا كانت طبيعته منفردا « كالقلب » أو مزدوجا « كالكلى »(١٥) ، ولا يتم ذلك الا في الاطار الشرعى وبموافقته متى كان ذلك لا يؤدى الى اهدار حياته أو القدر المتبقى له من سلامة الجسم(١٦) ، كما يمتد أيضا هذا النطاق من الحماية الجنائية للميئوس من علاجه الى تجريم كونه محلا للتجارب العلمية في غير الحدود التى تجيز ذلك(١٧) وكان برضائه .

ثانيا : في الشريعة الاسلامية :

أما في الشريعة الاسلامية فانه اذا كان الفقه والقانون الوضعيين قد جرما الاعتداء على الغير حتى ولو كان هذا الغير ميئوسا من حياته فان ذلك لم يكن الا استهداء بما قررته الشريعة الاسلامية في هذا الصدد ، فقد جرمت الشريعة هذا الفعل وذلك من منطلقين :

---

(١٥) انظر فى ذلك : رسالتنا الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء جـ ٢ ص٥١٢ .

(١٦) انظر فى حدود الشرعية لذلك : دروس فى قانون العقوبات (القسم الخاص) ص٢٦ ، ٢٧ د/ محمد زين العابدين ص٨٨ مقرره على طلاب كلية الشريعة والقانون بأسيوط .

(١٧) راجع فى ذلك الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم — ص٤٨٣ ، ٤٩٥ ومابعدها ، وانظر المادة ٤٣ من الدستور المصرى ، الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى د/ يحيى شريف ص٢٤ .

الأول : انه أى الميئوس من حياته محل لحماية المشرع والحفاظ عليه انما هو ضرورة من الضروريات الشرعية ٠

والثانى:أنه محمل ـــ كما سبق القول(١٨) ـــ بالحقوق والتكاليف الشرعية والواجب المحافظة عليها شرعا ، ومن الاعتداء عليه باهدار حياته يعنى اهدار هذه الحقوق وهو أمر محرم شرعا ، حتى ولو كان قد رضى هو بذلك لأن رضاءه غير معتبر شرعا ، لأنه اذا كان قد ثبت له الحق فى حياته فان هذا الحق مشـــترك بينه وبين الله ، فما من حق الا وفيه حق الله(١٩) ، وحق الله لا يسقط باسقاط العبد له(٢٠) ، اذ ليس كل حق له اسقاطه(٢١) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى، أن نطاق الحماية الجنائية الذى منحه المشرع له انما يمتد اليـــه ولو ظهرت به الأمارات القاتلة فى مرض الميئوس من حياته(٢٢) ، أى ولو كان المرض ينحو به نحو الموت اذ ليس اماتة الله لعبده مثل قتـــل المخلوق له(٢٣) ، ومن هنا قال بعض الفقهاء ان من قتل انسانا يجود بنفسه للموت فانه يضمنه(٢٤) ، ولذلك فان المشرع من أجل المحافظة عليه أباح له التداوى والعلاج ولو كان بمحرم فى الأصل(٢٥) ، أو كان عن طريق نقل عضو له من الغير متى توقف على ذلك انقاذ حياته متى

---

(١٨) انضر ذلك فى المبحث الخـــاص بالمعطيـــات الطبية والشرعيه والقانونية (المطلب الثانى) ٠

(١٩) انظر فى ذلك ، قواعد الأحكام جـ ١ ص١٦٧ ٠

(٢٠) انظر : الفروق للقرافى جـ ١ ص١٤٢ ط بالاوفسبت ٠

(٢١) الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص٣٢٢ ط حديثة (محققه) ٠

(٢٢) انظر : فى هذه الامارات طب الرازى ص٣٥٦ وما بعـــدها ، د/ الزحيلى نظرية الفزدرة الشرعية ص١٨١ ٠

(٢٣) مفتاح دار السعادة لابن القيم ص٤١٥ ط ٢ ٠

(٢٤) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص٥١٨ ٠

(٢٥) انظر بحث الماجستير

كان ذلك فى اطار الحدود الشرعية(٢٦) ، كما يمتد نطاق حماية المشرع له الى تحريم كل ما من شانه النيل من سلامه جسمه او حياته ولو كان ذلك بهدف اجراء التجارب العلمية عليه لان النفس والعضو لهما من الحرمة(٢٧) ما يتأى بهما عن جعلهما محلا لذلك ، وان كانت الأعضاء أو الأطراف ليست كعظم النفس فى الحرمة(٢٨) ، او كان باعتباره مصدرا للحصول على عضو منه لزرعه فى آخر وانقاذ حياته كالقلب أو غيره اذا أدى الى وفاته لأن ذلك يعتبر قتلا له(٢٩) اذ القتل هو فعل مزهق الروح(٣٠) يوجب القصاص ، وبوجه عام يمكن القول بأن الشريعة الاسلامية أضفت نطاقا كبيرا من الحماية الجنائية على الميئوس من حياته ، واعتبرت أن أى اعتداء على شخص ولو كان مريضا ميئوسا من علاجه أو حياته بقصد ازهاق روحه ولو كان بدافع الرحمة أو الشفقة عليه استجابة لتوسلاته والحاحه فى ذلك هو أمر مجرم شرعا وليس لرضائه اعتبار فى اباحة هذا الفعل(٣١) ، فكم من نفوس بريئة تزهق باسم الرحمة(٣٢) .

---

(٢٦) انظر : رسالتنا السالفة الذكر والخاصة بنطاق الحمايه الجنائية لعمليات النقل والزرع للأعضاء جـ ١ ص١٤٠ .

(٢٧) كشف الأسرار للبزدوى جـ ٣ ص٩٦ ط بيروت (بتصرف) .

(٢٨) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص٤٠٤ .

(٢٩) الرسالة السالفة الذكر جـ ٢ ص٥٠٢ .

(٣٠) شرح العناية على الهداية للبابركى جـ ١ ص٢٥٢ ط أولى .

(٣١) وان كان له أثر فيما يتعلق بوقف تطبيق العقوبة على الفاعل باعتبار أن هذا الطلب الرضاء يمثل اذنا تقوم به الشبهة الدارئة للحد .

(٣٢) انظر الفتوى الشرعية الصادرة من كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت بصدد بيان حكم تعجيل الطبيب بحياة المريض الميئوس من حياته والمشوهين خلقيا منشورة بنصها فى : دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د/ عبد الوهاب حومد ص٣٢٠ وما بعدها .

أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية :

فانه اذا كان الاعتداء على الميئوس من علاجه أو حياته يمثل جريمة كاملة فى الاطار الشرعى والقانونى ولو كان تحت دافع الشفقة أو الرحمة ، فانه اعمالا للأحكام القانونية والشرعية فى هذا الصدد يكون القائم بذلك مسئولا مسئولية جنائية عن جريمة قتل — كما سبق القول ، أيا كان الفاعل طبيبا أو غيره ولا يبرر ذلك وجود الدافع الانسانى لديه أو حسن الباعث لدى الطبيب أو غيره ، لأن حسن الباعث أو الدافع ليس محل اعتبار فى تقرير المسئولية الجنائية للطبيب أو غيره ، فى المجال الشرعى أو القانونى(٣٣) ، ولا يجوز للطبيب أو غيره الاحتجاج به فى هذا المجال ، بل يجب على الطبيب القيام بواجبه تجاه مريضه ويعطيه من فنه أعلى مستوى علاجى يشفى مرضه أو يخفف من آلامه ، وأن يستخدم درايته الفنية وما تعلمه أثناء دراسته ، وما ثبت فى المراجع وما اتفق عليه العرف الطبى من علاج بكل حذق وعناية ، وأى خطأ أو اهمال ، أو تقصير من الطبيب فى مجال العلاج مع المريض أيا كانت طبيعة الخطأ أو التقصير على خلاف ما تقتضيه طبيعة مهنته وأصولها يكون موجبا للمسئولية القانونية

---

(٣٣) وان كان حسن الباعث أو نبل الدافع يكون له أثره فيما يتعلق بتخفيف العقوبة وذلك طبقا للمادة ١٧ ع ، كما أن اذن المريض للطبيب أو غيره بالقتل يمثل شبهه دائرة للحد — كما سبق القول — وذلك فى المجال الشرعى انظر فى ذلك : بدائع الصنائع ج ١٠ ص٤٦٢٣ ط (الامام) ، مغنى المحتاج ج ٤ ص٥٠ ط بيروت حاشية الدسوقى ج ٤ ص٢١٣ ط بيروت ، المغنى لابن قدامة ج ٩ ص٤٧٠ ط بيروت .

(★) انظر : الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى ج ٢ ص٦٣ ط ١٩٥٨ مشار اليه آنفا .

والطبية(٣٤) من ناحية ، والشرعية(٣٥) من ناحية أخرى، لأن الطبيب

---

(٣٤) انظر المراجع المشار اليها سابقا عند تقرير عدم مشروعية الاقدام على الميئوس من علاجه وايضا د/ محمود مصطفى مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية - مقالة منشورة بمجلة القانون والاقتصاد عدد ٧٨ ص٢٩٣ ، د/ عبد الوهاب حومد - دراسات معمقة فى الفقه الجنائى ص٢٦١ ، د/ فتحى سرور - القسم العام ص٤٨٩ ط ١٩٧٢ د/ مأمون سلامة - القسم العام ص٢٣٨ ط ١٩٧٩ ، المسئولية الجنائية للأطباء د/ أسامة قايد ص٢٧٤ ، ٣١٢ وما بعدها ، د/ أبو اليزيد على المتيت / جرائم الاهمال ص١٩٨ ط ٢ ، الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٣٦٦ وفى الفقه المدنى انظر د/ حسن زكى الابراشى - لمسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص١٤٠ ط ١٩٥١ ، المسئولية الطبية د/ محمد حسين منصور ص١٧ (منشأة المعارف بالاسكندرية) د/ حسين عامر / المسئولية المدنية والتقصيرية ص٩٧ ط ١٩٧٩ وفى تفويت فرصة الشفاء على المريض د/ محمد حسين منصور ص١١١ .

وفى المجال الطبى : انظر : الطب الشرعى فى مصر د/ سدنى سميث جـ ١ص ٢٩ ، جـ ٢ ص٢٣ ، الطب الشرعى النظرى والعملى د/ محمد عبد العزيز سيف النصر ص١٢ ، ١٥ ، ١٩٥١ ، الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى ص٢٣ وما بعدها وأيضا .

Dr. ALY ABD EL-NABY : Fron. and Mem. and Tox. P. 129.

الموسوعة الطبية الحديثة جـ ٢ ص٢٣٤ .

(٣٥) انظر فى الفقه الشرعى فى خطأ الطبيب : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٨٩ ط ١٣٧٨هـ ، الأم للشافعى جـ ٢ ص٤٥١ (ط دار الشعب) ، مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص٣٢١ ، ط بيروت ، بداية المجتهد جـ ٢ ص٤٥١ ط ٤ ، المغنى والشرح الكبير جـ ٩ ص٣٢٦ ط بيروت ، كشاف القناع جـ ٥ ص٥٠٨ ط ١٤٠٢هـ ، حاشية الطحطاوى جـ ٤ ص٢٧٦ ط ٢ وفى الطب الاسلامى : القانون فى الطب لابن سينا جـ ١ ص٢١٧ ، مقال الشيخ احمد ابراهيم - مسئولية الاطباء مجلة الأزهر المجلد ١٩ ص٩٠٩ ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية د/ احمد شرف الدين ص٨٤ ط ٢ .

إذا جهل أصول الطب أو قصر فى المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فانه يضمنه(٣٦) ، أو فوت فرصة الشفاء عليه (٣٧) ، ولا يجوز للطبيب أن يوقف أجهزة الانعاش الصناعى التى يرقد تحتها المريض طالما كانت أنسجة المخ تعمل أيا كانت الاعتبارات التى تحمل الطبيب، الا اذا كان قد توقفت أنسجة مخ المريض عن العمل فانه يجوز للطبيب حينئذ ايقاف الجهاز الذى يرقد تحته المريض الميئوس من علاجه ولو كانت أعضاؤه لازالت تنبض بقوة الاحتراق الذاتى ، لأن ابقاء الجهاز فى هذه لا يعدو عن كونه اطالة لحياة صناعية لحالة الاحتضار ، لأن الموت اذا ألم بانسان زال ما كان له فى الحياة من حق وزال تبعا ما كان يضفيه القانون عليه من حماية(٣٨) ، أما قبل موت المخ فلا يجوز وقف الجهاز بأى حال من الأحوال متى كان يؤدى الى وفاته ولو كان بدافع الشفقة عليه أو الرحمة به ، لأن دور الطبيب يكمن أساسا فى المحافظة على حياة الشخص وليس فى اطفاء شعلة حياته(٣٩) ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، ان عدم مشروعية قتل المرحمة ، أو القتل اشفاقا فيه ضمانة كبيرة للأطباء ، اذ يحمى الأطباء من الوقوع تحت أى ضغط أيا كان مصدره ونفى أى استجابة لذلك اعتمادا أو استنادا الى عدم المشروعية ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل ممارسة هذا

---

(٣٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص٣١٥ .

(٣٧) د/ محمد حسين منصور ـ المسئولية الطبية ص١١١ .

(٣٨) د/ عوض محمد ـ المرجع السابق ص٤٣ ، ١٢٦ .

(٣٩) د/ احمد شرف الدين / الحدود الانسانية والقانونية للانعاش الصناعى ص ٤٦٠ ، ٤٧٥ المجلة الجنائية عدد ٣ الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص١٨٠ انظر تفصيلا رسالتنا السالفة الذكر ج ٢ ص٤٣٥ المبحث الخاص بامتداد الحياة بطريقة الانعاش الصناعى .

النوع من القتل تحت التستر على جرائم حقيقية واقعة تحت سطوة أحكام كل من الشريعة والقانون واتخاذه ذريعة لذلك ، بالاضافة الى أن الدين والاخلاق وحق الثقة فى الطبيب وأمانة المهنة نفسها تمنع الاطباء من اللجوء الى ذلك وذلك من منطلق الوظيفة الاجتماعية للطبيب التى تكمن أساسا فى المحافظة على حياة المريض بدلا من اهدارها كما سبق القول .

المبحث الثانى

الاعتداء على المشوهين خلقيا ونطاق الحماية الجنائية

اذا كان نطاق الحماية الجنائية للميئوس من حياته يشمل حياته وسلامة جسمه فى القدر المتبقى له من السلامة الجسدية أو البدنية فى الحيوية العضوية ، فان هذا النطاق يمتد بطبيعته الى المشوه خلقيا وشأنه فى ذلك شأن أى فرد آخر فى المجتمع ، فلا فرق فى ذلك بين ما كان مشوه الخلقة أو مستوى الخلقة ، ولا بين ناقص الخلقة أو كاملها فالكل محل للحماية الجنائية .

ووجه الحرج فى هذه المسألة :

يأتى من منطلق الاعتبارات المختلفة التى تكون دافعا فى بعض الأحوال على الاعتداء على مثل هؤلاء ، اذ أن قتل المشوهين خلقيا يأتى فى معظم الحالات على يد أقرب الناس اليهم وأحناهم عليهم كالأم والأب ، وقد يملى الوالدان رغبتهما فى الخلاص منه لطبيب فيقوم هو بذلك ، ومما لاشك فيه أن هذه الرغبة التى تدفع أقرب الناس للقضاء عليهم والتخلص منهم قد ترجع فى كثير من الأحوال الى غريزة الرحمة المتأصلة فى نفوسهم ، وخوفهم من التعب الناشىء الدائم الذى

سيتسببون لهم به من ناحية ، والاعتبارات الاجتماعية التى ترجع الى ما يظن الوالدان أنهم سوف يعيشون تعساء فى المجتمع ، وقد يكون مرجعه الى خشية السخرية أو الاستهزاء به(٤٠) من بعض أفراد المجتمع ، وقد يكون ذلك مرجعه الى بعض الدوافع الشخصية كخجل الأبوين من مواجهة الناس بمولودهم الغريب أو الرغبة فى تجنب نفقات العلاج طيلة حياته بالاضافة الى مؤنة الرعاية ، فهذه الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والأدبية كانت مناطا لوجه الحرج فى هذه المسألة ، ولكن أيا كانت الأسباب أو الاعتبارات . هل تصلح مبررا فى شرعية الاقدام على قتل المشوهين خلقيا فى هذا الصدد أو العبث بهم ؟ وعلاقة ذلك بالمصلحة الاجتماعية أو حق المجتمع .

أولا : فى الفقه القانونى :

مما لاشك فيه أنه — كما سبق القول — أن نطاق الحماية الجنائية فى الحياة وسلامة الجسم يمتد الى المشوهين خلقيا أيا كانت درجة التشويه أو العيب الخلقى الذى لحقه مادام لم يخرج به عن عداد الآدميين ، وشأنه فى هذا النطاق من الحماية شأن مستوى الخلقة وكاملها ، اذ الكل محل للحماية الجنائية فالقانون لا يفرق بين قتل هذا أو ذاك ، فكل وليد جدير بحماية القانون بغض النظر عن مدى حظه من استواء الهيئة واكتمال الأعضاء ، ولما كانت غريزة الرحمة والشفقة المتأصلة فى الأقارب بالنسبة للمشوه خلقيا وخاصة الوالدين تمثل منطلقا ودافعا للمساس بحقه فى الحياة تحت وطأة الاعتبارات السابقة ، فقد تعددت الآراء فى هذا الصدد(٤١) : فمن هذه الآراء

---

(٤٠) انظر د/ محمد السعيد رشدى — الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥١ ، ٥٣ .

(٤١) راجع عرض هذه الآراء تفصيلا فى : دراسات معمقة فى الفقه الجنائى المقارن د/ عبد الوهاب حومد ص٢٨١ .

ما يجعل من حق الاباء اتخاذ القرار فى انهاء حياة الطفل ، ومنهـــا ما يجعل من حق الطبيب الذى يفحص الطفل أن يعرض نتائج فحصـــه على الأهل ، فان كانت خطوط الطفل فى الحياة معقولة عمليا فلا يجوز له الامتناع عن معـــالجته ليموت ولو طلب الأهـــل ذلك ، ورأى ثالث يقرر أن مصلحة الطفل فى « موت كريم » لا تقل أهمية عن « حيـــاة كريمة » وهذا أمر يقره أهل السلطة القضائية التى تمثل المجتمع دون أن ينفرد به الطبيب والأهل وفى ذلك ضمانة للطفل ، وعلى الرغم من ذلك الا أن الاتجاه الأقوى والأرجح فى هذا الصدد هو الذى يطالب باحترام الحياة بالنسبة للمشـــوهين خلقيا أو المولودين قبـــل الأوان بكثير • من هذا المنطلق كان رأى المعقد أنه على الرغم من نبل تعض الدوافع التى قد تحمل البعض على قتل المشوهين ، الا أن القـــانون الجنائى القائم حاسم فى هذا الصـــدد ، فليس فى نصوصه ما يجـــيز للطبيب ولا لغيره أن يقوم بازهاق حياة وليد أو شخص مشوه مهمـــا تكن درجة شذوذه الخلقى الا اذا وصل هذا الشـــذوذ الى حد المسخ بحيث يستحيل وصف الوليد أو الشخص بأنه من بنى الانسان(٤٢) ، وهو أمر متروك لقاضى الموضوع للفصل فيه على ضوء كل حالة على حده مستعينا بانطباعاته الخاصة وتقديره وبمايقرره أهل الخبرة فى هذا الصدد ، ومتى خرج المولود عن عداد الآدميين من بنى الانسان فانه فى اعتقادنا لا مسئوليةعلىالطبيب من الناحيةالجنائية(٤٣)،وان كانت أخلاقية

---

(٤٢) انظر د/ عوض محمد ــ جرائم الاشـــخاص والامـــوال ص٨ ، د/ محمود نجيب حسنى القســـم الخاص ص١٣ ط ١٩٧٨ ، د/ عبـــد الوهاب حومد ــ المرجع الســـابق ص٢٨١ وما بعـــدها ، د/ محمد زكى أبو عامر ــ المرجع السابق ص٣٩٩ •

(٤٣) وان كان هذا الأمر يقتضى تدخلا تشريعيا لحسم هذه المسألة آخذا فى الاعتبار أصل الحبس وحالة الوليد •

المهنة تأبى ذلك وتلقى عليه عبء اللوم • أما اذا لم يخرج الوليد من عداد الآدمية فانه يظل محلا للحماية الجنائية الكاملة شأنه فى ذلك شأن مستوى الهيئة وبالتالى فان ازهاق روحه يعتبر داخلا فى اطار جرائم القتل العمد ، ويعاقب فاعله بالقوة المقررة لهذه الجريمة ، ولو كان ذلك برضائه ، اذ ليس لرضائه محل اعتبار اذا كان غير وليد أو أهله اذا كان وليدا وذلك لأن اهدار حياته يعنى اهدار الحقوق والارتفاقات الخاصة بالمجتمع وهو ما لا يجوز قانونا (٤٤) ، لأن الشـــخص الذى يشعر بشذوذ جسمانى معين قد يحجم بطريقة أو بأخرى عن المشاركة الاجتماعية خشية السخرية أو الاستهزاء فيهدر على هذا النحـــو حق المجتمع فيه خاصة اذا أراد الانتحار والخلاص من نفسه ، ومن هنا كان وجه المشروعية للجراحات التجميلية أيا كانت طبيعتها •

ويمتد نطاق هذه الحماية الى سلامة الجسم أيضا فلا يجوز العبث بأعضائه بنقل عضو منه الى آخر من أصحاب الهيئة السوية ولو كان لانقاذ حياته ، لانتفاء وجه المفاضـــلة بينهما ، لأنهما فى نطاق الحماية سواء(٤٥) • والمشرع يهدف الى حماية حق الانسان فى سلامة جسمه أيا كان الشخص(٤٦) مشوها أو غير مشوه أو جعله محلا للتجـــارب العلمية(٤٧) •

---

(٤٤) انظر د/ محمد السعيد رشدى / الجوانب القانونية والشرعيه لجراحة التجميل ص ٥١ •.

(٤٥) انظر رسالتنا السالفة الذكر الخاصة بنطاق الحماية الجنائية لعمليات الزرع جـ ٢ ص٥١٢ المشار اليها آنفا •

(٤٦) د/ حسن صـــادق المرصفاوى ـ القسـم الخاص ص٥١٢ ط ١٩٧٨ •

(٤٧) المسئولية الجنائية للأطباء ـ د/اسامة فايد ص٢٣٨ ط ١٩٨٣.

ثانيا : فى الشريعة الاسلامية :

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فانه اذا كان القانون قد أضفى على المشوهين خلقيا قدرا من الحماية الجنائية فان هذا ليس الا ترسما السياسة الجنائية التى انتهجها المشرع الاسلامى فى هذا الصدد تجاه الأفراد أيا كانت طبيعتهم مستوى الخلقة أو مشوهيها ولم يجعل للهيئة البدنية اعتبار فيما يتعلق بنطاق الحماية الجنائية التى أضفاها على الأشخاص فى المجتمع بل جعل الكل سواء فى هذا الصدد من ناحية ، ومن ناحية أخرى جعلهم أيضا سواء فى التكاليف الشرعية وتحملهم الحقوق ومطالبتهم بأدائها والتى فى مقدمتها حق الله ، فلا فرق فى ذلك بين مشوه الخلقة أو مستوى الهيئة ، لذلك فلم يجعل المشرع الاسلامى تشويه الخلقة أو استوائها محلا للثواب أو العقاب(٤٠)فهبة الجمال وكمال الهيئة أو استوائها هى منة الله على العبد وهم مختلفون فيها ، أما التكاليف الشرعية فهم متساوون فيها ، ولذلك كان القيام بهذه الحقوق أو هذه التكاليف مناطا للحماية الجنائية فى هذا الصدد دون اعتبار لهيئة من يقوم بأدائها ، ومن منطلق هذه الحماية الجنائية كان أى اعتداء عليه فى المساس بسلامة جسمه أو بحياته هو موجب العقوبة المقررة شرعا أيا كانت الاعتبارات أو الدوافع التى حملت الشخص طبيبا أو قريبا الى ذلك ، وسواء كانت هذه الاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو غير ذلك(٤٩) ، وأيا كان الهدف من المساس بحياته أو سلامة جسمه ولو كان من أجل احياء الغير ، فلا يجوز قتله لانقاذ حياة غيره ، ولو كانت وسيلة الانقاذ نقل عضو منه كالقلب

---

(٤٨) أنظر فى ذلك ــ قواعد الأحكام ــ ج ١ ص١٣٨ .

(٤٩) انظر : البند الخاص بذلك فى صدر هذا المبحث .

مثلا(٥٠) بل ولو أكره عليه بالقتل لاستواء النفوس فى العصمة(٥١)، بل ولو رضى المشوه بالقتل أو بازهاق روحه ، لأن العصمة تقتضى دفع الضرر عنه بدون رضاه(٥٢)،كما أن الانسان ممنوع من الاضرار بغيره بالنص(٥٣) ، للمحافظة عليه من ناحية وعلى حق الله من ناحية أخرى ، ومن ناحية ثالثة ان المشوهين فمن واجب المجتمع أن يوفر لهم حياة فيها شىء من الراحة شأنهم شأن أى فرد فيه ، وليس من شريعة الاسلام فى شىء القضاء على الحياة البريئة المحترمة من أجل كون صاحبها مشوه الخلقة ، ذلك لأن الحياة فى ذاتها أسمى فى حكم الاسلام بكثير من مصلحة القضاء على النقص أو التشويه فى الخلقة(٥٤) ، فكم من مشوه نبغ فى نواح أو جوانب عديدة لا تمر ولا تخطر على بال(٥٥) .

---

(٥٠) انظر الرسالة السالفة الذكر ص٥٠٢ .

(٥١) راجع فى عدم شرعية المساس بالغير فى الاكراه — شرح التوضيح على متن التنقيح بهامش التلويح ج ٢ ص٢٠٠ طبعة شمس الحرية ، مفتاح دار السعادة لابن القيم ص٣٤٨ ط ٢ .

(٥٢) شرح التوضيح على متن التنقيح ج ٢ ص١٩٦ .

(٥٣) د/ محمد الحسينى حنفى — المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ص٤٠٤ ط ١٩٨٣ . وفى عدم أحقية الشخص فى الاذن للغير بالقتل او الاعتداء عليه انظر : د/ جمال عواد — جناية القتل فى الفقه الاسلامى ص٣٥٢ دكتوراه من كلية الشريعة بالقاهرة ..

(٥٤) انظر : د/ محمد سعيد رمضان البويطى / تحديد النسل وقاية وعلاجا ص١٦ ط (مكتبة الفارابى) .

(٥٥) انظر : الفتوى الشرعية الصادرة من كلية الحقوق والشريعه جامعة الكويت بشأن حكم تعجيل الطبيب بحياة المريض الميئوس من حياته والمشوهين خلقيا المشار اليها آنفا ص٢٣٠ فى دراسات معمقة د/ عبد الوهاب حومد .

أما فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية في هذا الصدد :

فانه اذا كان تقرير المسئولية الجنائية فى حق من يقوم بالاعتداء على المشوهين خلقيا خلاصا منهم دفعا للمعرة أو لأى اعتبارات أخرى من الوالدين أو غيرهما من غير الأطباء محل اعتبار فى بيان الأهمية لنطاق الحماية الجنائية المكفولة له فى كل من الشريعة والقانون ، فان هذا الاعتبار فى هذا الصدد يكون أكثر أهمية ويبدو بصورة جلية بالنسبة للطبيب بوجه خاص ، وخاصة فى حالة ما اذا كانت حالة التشويه داخلة فى نطاق العلاج التجميلى أو فى نطاق الجراحات التجميلية(٥٦) ، والتى غالبا ما يكون علاجها نفسيا قبل أن يكون بدنيا، وذلك لاصلاح وعلاج نفسية ومظهر الانسان أى صحته النفسية والبدنية الداخلية والخارجية،باعتبار أن الطبيب أمين على صحة وسلامة شكل وجوهر الانسان،وذلك من منطلق الوظيفة الاجتماعية للطبيب(٥٧) خاصة فى هذا المجال الجراحى ، اذ أن عمل الطبيب التجميلى أو الجمالى يكون فى طبيعته منطويا على مصلحة اجتماعية تهدف أساسا الى المحافظة على صحة وحياة أفراد المجتمع(٥٨) من أجل تمكنهم من القيام بأعبائهم ووظائفهم فى المجتمع وهم فى حالة توازن نفسى وبدنى ، وخاصة بعدما ثبت نجاح هذا النوع من الجراحة فى العديد

---

(٥٦) انظر فى المعنى : د/ محمد فائق الجوهرى ـ المسئولية الطبية فى قانون العقوبات ص٣٢٢ ، ١٩٥١ .

(٥٧) د/ حسن زكى الابراشى ـ مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص٥٦ .

(٥٨) د/ محمد السعيد رشدى ـ الجوانب القانونية والشرعية للجراحة التجميلية ص٥٣ مشار اليه سابقا .

من الحالات واصلاح العديد من التشوهات التى لحقت بها وذلك عن طريق ازالتها بالجراحة التجميلية(٥٩) ٠

ولما كانت الجراحة التجميلية تتم على عضو سليم(٦٠) وتمارس

---

(٥٩) ولعل أهم الحالات هى التى نجح فيها فريق من جراحى المخ والأعصاب المصريين فى اجراء جراحة جديدة لعلاج الجمجمة المغلقة لطفل عن طريق فك عظام الجبهة والوجه وفصلهما عن المخ والعين والأعصاب ثم اعادة تشكيلهما مرة أخرى بالصورة الطبيعية وذلك لعلاج التشوه الخلقى الذى قد ينتج عنه توقف نمو الجبهة بما يؤثر على وظائف المخ والأعصاب وخاصة قوة الأبصار ٠ انظر ما نشر عن هذا الخبر فى جريدة الاهرام ١١ يناير ١٩٨٦ ص٣ تحت عنوان جراحة جديدة فى مصر ، وايضا جراحة ناجحة لفصل رأس التوأمتين الملتصقتين عند ولادتهما واجراها مايقرب من ٤٠ طبيبا واستغرقت سبع ساعات ونصف فى احدى مستشفيات مدينة سويتو بجنوب أفريقيا الاخبار ٩ مايو سنة ١٩٨٨ ص١٠ ، وأيضا جراحة تفصل توأمين ملتصقين من السودان عمرهما ٨ أشهر الاخبار ٢ مايو ١٩٨٧ ص١ ، وأيضا ماقام به الجراح البيزنطى من تصغير حجم ثدى وهى أول عملية من نوعها فى تاريخ جراحة التجميل وقد تمت فى القرن السابع الميلادى انظر الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٤٩٩ وما أشير اليه بالهامش ٠

(٦٠) أنظر : د/ محمد حسين منصور ـ المسئولية الطبية ص٧٢ الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص٥٨ ٠

انظر :

NICOLAS : Les problèmes juridiques de la chirurgie esthétique P. 14 thèse (1979).

أشار اليه د/ محمد سامى السيد فى / الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٥٠١ ٠

لأهداف غير علاجية ـ من حيث الأصـل ـ أى لهدف جمالى بحت ، أو بمعنى آخر لتحسين شكل عضو معافى من الناحية الصحية(٦١) ، فان التزام الطبيب فى نطاق هذه الجراحة يكون التـزاما أقرب الى الالتزام بنتيجة منه الى الالتزام بمجرد بذل عنـاية فقط ، أو بمعنى آخر أن الخطأ المعفى عنه فى الجراحة العادية يكون موجبا للمسئولية فى نطاق الجراحة التجميلية(٦٢) ، فهو وان كان غالبية الفقه يميــل الى التزام جراح التجميل ببذل عنـاية الا أن العنـاية المطلوبة منه أكثر منها فى أحوال الجراحة الأخرى(٦٣) مما يعنى أن طبيعة التزامه فى هـذا الصدد هو أقـرب الى النتيجـة منه الى الوسيلة أو بذل العناية(٦٤) كمـا سبق القـول ، ولذلك كانت مساءلته أو محاسـبته أشد(٦٥) فى الجراحة التجميلية من غـيرها ، كما يجب عـلى الطبيب

---

(٦١) انظر الحمـاية الجنائية للحق ، سـلامة الجسم ص ٥٢٦ والمراجع المشار اليها فى هذا الصدد .

(٦٢) انظر د/ حسن زكى الابراشى ـ مسئولية الأطبـاء والجراحين ص٢٩٦ ، د/ محمد حسن منصور ـ المسئولية الطبية ص٧٦ ، د/ محمد السعيد رشدى ـ الجـوانب القـانونية للجـراحة التجميلية ص٦٩ . د/ احمد محمود سعد مسئولية المستشفى الخاص عن اخطـاء الطبيب ومساعديه ص٤٢٣ ، ٤٢٤ ـ دكتوراه ١٩٨٣ .

(٦٣) المسئولية الطبية ص٧٦ .

(٦٤) د/ محمد عادل عبـد الرحمن ـ المسئولية المدنية للأطبـاء ص١٧٤ وما بعدها ط ١٩٨٥ .

(٦٥) انظر : د/ محمود مصطفى ـ مسئولية الاطبـاء والجراحين الجنائية ص٣٠٠ ، د/ فائق جـوهر ـ المسـئولية الطبية ص٤١٩ ، المسئولية الطبية ص٧٧ ، الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص٥٢٥ د/ محمد دشاء ـ الخطـأ الطبى ـ بحث مقـدم للمؤتمر الأول الدولى

=

التجميلى أن يستخدم الطريقة العلاجية المتفق عليها وليست التى هى محل للتجارب(٦٦) ، ولا يقوم باجراء أى جراحة الا اذا كان واثقا من نجاحها ، أما اذا كان لها مخاطرها الجادة فى الفشل فلا يجوز له الاقدام عليها(٦٧) ، ولما كانت الجراحة التجميلية داخلة فى اطار المساس بجسم الانسان لهدف تحسينى أو جمالى من منطلق شرعية العمل الطبى ، فانها تسرى عليها فى هذا الصدد القواعد التى تسرى على غيرها من الأعمال الطبية الجراحية الأخرى (٦٨) وعلى ذلك فان أى خطأ أو تقصير أو اهمال يكون موجبا للمسئولية الجنائية والمدنية(٦٩) .

=

للمسئولية الطبية المنعقد فى جامعة « ماريوثوس » ببنغازى فى اكتوبر ١٩٧٨ ومنشور بمجلة الحقوق والشريعة العدد الأول مارس ١٩٧٩ ص ١٢ ، د. محمد ابراهيم دسوقى / تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ص ٣٣٩ دكتوراة ، د. برهام عطالله — أساسيات القانون الوضعى هامش ص ٢٦٣ طبعة أولى وفى القضاء انظر : حكم محكمة باريس فى ٢ ديسمبر ١٩٥٧ داللوز ١٩٦٨ ص ٩٦ أشار اليه د. محمد هشام البحث السابق ص ١٢ وفى الجانب الطبى انظر :

CAMPBELLE o S : UROLOGY. To 3, P. 1144.

(٦٦،٦٧) انظر فى ذلك د. محمد حسين ، المسئولية الطبية ص ٧٤ والأحكام المشار اليها فى هذا الصدد .

(٦٨) وذلك فى غير ما يتعلق بطبيعة التزام الجراح التجميلى.

(٦٩) انظر فى ذلك على سبيل المثال

ANTOUN F. A. : Le consentement de la victime p. 431.

والحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ص ٥١٧ ، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٨ ومابعدها ، أيضا د/ الأبراشى مسئولية الأطباء ص ١٣٣ ، د/ اسامة قايد — المسئولية الجنائية للأطباء ص ٢٧٤ ط ١٩٨٣ ، د. أبو اليزيد على المستيت ، جرائم الاهمال ص ١٩٨ ط ٢ .

وأما فى مجال الفقه الشرعى :

فانه اذا كان تقرير المسئولية الجنائية بالنسبة للاعتداء على المشوه خلقيا كنتيجة لنطاق الحماية الجنـائية فى القانون الوضـعى من حيث النيل من حياته أو سلامة جسمه محل اعتبار فى قيام الصرح القانونى فى اضفاء الحماية الجنائية على قتل هؤلاء المشوهين فانه أيضا كذلك بالنسبة للشريعة الاسلامية ، بل جعلت المحافظة عليه ضرورة شرعيـة على الرغم من التشويه الذى يلحق به أيا كانت طبيعته(٧٠) ومن أجل ذلك كانت شرعية العمل الطبى خاصة بالنسـبة للطبيب الذى يتـولى القيام بالعملية التجميلية لاصلاح وتقويم أى تشـويه ، وبعد ثبوت نجاح هذه العمليـات فى هذا المجال(٧١) ـ كما سبق القول ـ طالما كان ذلك فى الحدود الشرعية(٧٢)،وذلك من منطلق القواعد والنصوص الشرعية التى يستوحى منها مشروعية هذا العمـل الطبى لازالة ضرر التشويه ، فمن المسلم به أنه لما كان ضرر التشويه يمثل مشقة قد يكون لها صداها فى اعتبارها عائقا للشخص عن مباشرة حقوقه الشرعيـة والتى لولا هذا التشويه لما حيل بينه وبين هذه الحقوق الشرعية(٧٣)

---

(٧٠) انظر أمثلة لهـذا التشويه فى قواعد الاحكام ج ١ ص ١٣٨ مشار اليه آنفا وفى نفس الموضع .

(٧١) انظر مقالة أحمد ابراهيم ـ مسئولية الأطباء ـ مجلة الأزهر المجلد ١٩ ص ٩٠٦ (١٣٦٧هـ) .

(٧٢) أى التى يستهدف الطبيب بهـا علاج تشـويه بدنى لا تغيير لخلقة الله راجع المعطيات الشرعية والقانونية للمشوهين خلقيا فى المبحث التمهيدى .

(٧٣) انظر ما ورد فى هذا الصدد من منع الشخص من مباشرة حق الامامة العظمى أو الولاية العامة فيما اذا لحقه التشويه البدنى فى المبحث التمهيدى .

والاجتماعية(٧٤) كانت هذه المشقة جالبة للتيسير اعمالا لقاعدة المشقة تجلب التيسير(٧٥) والتى يتخرج عليها جميع رخص الشارع وتحقيقاته(٧٦) ، كما أن ازالة الضرر واجبة أيضا اعمالا لقاعدة الضرر يزال(٧٧) ، ومن هنا فقد أباحت الشريعة الاسلامية للأطباء الاجتهاد فى علاج كل ما من شأنه أن يلحق البنية من خلل(٧٨) أيا كان الخلل ظاهرا أو باطنا ، لأن اصلاح الأجسام مقصد من مقاصد الطبيب فى عمله الطبى (٧٩) ، ومن منطلق حرص الاسلام على حسن المظهر ولصوره الجمالية ، لأن الله جميل يحب الجمال(٨٠) ولقوله تعالى : « لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم » (٨١) وقوله « وصوركم فأحسن صوركم »(٨٢) ، والعامل على وفق المقاصد الأصلية عامل على

---

(٧٤) انظر أيضا فى أثر التشويه البدنى فى اعتباره عائقا من مباشرة بعض الحقوق الاجتماعية للشخص د. محمد السعيد رشدى — الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ص ٥٠ وما بعدها .

(٧٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٤ (ط عيسى الحلبى) .

(٧٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص٧٥ ط محققة ١٣٧٨هـ

(٧٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٢ .

(٧٨) انظر فى ذلك . النزهة المبهجة فى تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة جـ ٢ ص ١٤٠ ط صبيح مطبوع بهامش تذكرة أولى الألباب والعجب العجاب (تذكرة داوود) .

(٧٩) كشاف القناع جـ ٥ ص ٥٣٧ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٢١ الأم جـ ١ ص ٢٧٥ ، الأشباه لابن نجيم ص ٢٩٠ ، أحمد محمد ابراهيم المقالة السابقة ص ٤٦٠ .

(٨٠) رواه مسلم فى صحيحه جـ ١ ص ٩٣ ط دار الشعب .

(٨١) سورة التين آية رقم ٤ .

(٨٢) سورة غافر الآية ٦٤ .

الاصلاح لا الافساد ، ولأن الله لم ينزل داء الا أنزل له دواء(٨٣)، لأن النفوس جبلت على حب الكمال(٨٤) ، وتقرير المشروعية للعمل الطبى يجعل الطبيب عاملا فى مباح ما لم يؤد ذلك الى ضرر نتيجة تقصير أو خطأ فيكون حينئذ مسئولا لأن الضرر لايزال بالضرر(٨٥) ، ولأن من تطيب ولم يعلم له طب فهو ضامن (٨٦) ، وعلى ذلك فان الطبيب اذا قصر فى المعالجة أو جهل أصول الطب فانه يضمن(٨٧) ويسأل جنائيا عن ذلك ، كما أن الخطأ الذى يتسبب فى اهدار نفس أو اتلافها يكون مستوجبا للعقوبة والضمان(٨٨) أيضا •

---

(٨٣) الموافقات ج ٢ ص ٢٠٦ •

(٨٤) سبق تخريجه •

(٨٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٨ •

(٨٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ •

(٨٧) أبو داوود فى سننه ج ٢ ص ٥٠١ ط دار احياء السنة •

(٨٨) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥١ ، الأشباه والنظائر ص ٣٩٠ وراجع أيضا فى خطأ الطبيب المراجع الشرعية المشار اليها عند تقرير المسئولية بالنسبة للميئوس من علاجه •

التنظيم الإدارى المركزى

فى

المملكة العربية السعودية

دكتور محمد فتوح محمد عثمان

رئيس قسم القانون العام

يقصد بالتنظيم بوجه عام استخدام الطرق والأساليب العلمية لتحقيق أهداف المشروعات العامة والخاصة وتحصيل أكبر فائدة من الجهود التى تبذل بأقل تكاليف ممكنة .

ويقصد به بالنسبة لادارة المرافق العامة فى الدولة اعداد جهاز ادارى سليم صالح لأداء المهمة الملقاة على عاتقه ، وادارة هذا الجهاز وتوجيه سيره بطريقة تكفل تحقيق الأهداف المرجوة منه فى أسرع وقت وعلى أحسن وجه وبأقل تكاليف ممكنة(١) .

وفى بيان أهمية تنظيم الادارة العامة يقول علماء التنظيم « ان التنظيم هو أهم العناصر فى بناء الدولة الحديثة وان تنظيم الجهاز الحكومى على أساس سليم هو بلا جدال مصدر قوة للدولة .

---

(١) المرحوم الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا : الوزارات وتنظيمها فى ضوء مبادىء علم التنظيم ــ بحث بمجلة الحقوق (حقوق الاسكندرية) السنة الثامنة ١٩٥٨ ــ ١٩٥٩ ص ١٢١ وما بعدها .

ويقولون أيضا ان التنظيم اذا كان لازما لنجاح المشروعات بوجه عام فانه كلما زاد حجم المشروع أو المرفق كانت حاجته الى التنظيم أشد وأقوى • ولما كانت الدولة بحق أضخم المشروعات المعروفة من وجهة نظر الباحث فى التنظيم ، فان التنظيم يبدو بالنسبة للدولة أكثر أهمية وأشد خطرا (*) •

وموضوع « تنظيم الادارة العامة يتسم بطابع سياسى ملموس » ومن ثم فانه أقرب الى النظام(٢) (القانون) الدستورى منه الى النظام (القانون) الادارى فالمزج بين المركزية واللامركزية ، ومدى حرية الهيئات الاقليمية فى الاشراف على المصالح المحلية ، يتوقف على درجة الوعى القومى وتمكن نظام الشورى والديمقراطية فى الدولة •

والملاحظ فى هذا الخصوص أنه كلما رسخت أصول الشورى والديمقراطية فى دولة من الدول ازدهرت اللامركزية الادارية فيها ، والعكس(٣) •

(*) المرحوم الأستاذ الدكتور عثمان خليل : التنظيم الادارى فى الدول العربية من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية التابع للجامعة العربية ١٩٥٧ ــ ص ٣٣ •

(٢) تنفر المملكة العربية السعودية من اصطلاح « قانون » وتستعمل بدلا منها اصطلاح « نظام » بسبب أن القوانين الوضعية الأجنبية هى التى استبعدت الشريعة الاسلامية من التطبيق فى البلاد الاسلامية أو حصرتها فى ميدان الأحوال الشخصية رغم أن كثيرا من الفقهاء استعملوا كلمة قانون بمعنى قاعدة •

(انظر للباحث بحث سابق عن السلطة التنظيمية أو التشريعية فى المملكة العربية السعودية • منشور بعدد سابق من هذه المجلة) •

(٣) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون الادارى ــ دار الفكر العربى ١٩٨٩ ــ ص ٢١ •

ولاشك أن النظم السياسية والادارية لا يمكن وصفها بالثبات والاستقرار لأنها بطبيعتها مرنة وتحتاج الى مرجعة مستمرة لكى تستجيب لمقتضيات الحياة الحديثة التى تتطور بسرعة لم تعهدها الشعوب من قبل • ومن ناحية أخرى فان سلامة النظم الادارية لا تتأكد الا بالتجربة والتطبيق ويتأثر الاسلوب الذى تنتهجه الدولة بوجه عام فى تنظيمها الادارى بظروفها الاجتماعية والسياسية ودرجة تأصل النظم الديمقراطية والشورى فيها • فالدولة الحديثة التى حلت محل النظم القبلية كان من الضرورى لها أن تقوى السلطة المركزية(٤) فيها لأقصى حد ممكن ، لتضمن عدم عودة النظم القبلية ، ولتكفل سيادة حكم الشريعة الاسلامية والأنظمة (القوانين) على جميع الأفراد وعلى جميع أجزاء البلاد •

فلما استقرت الدولة ، وزال كل خطر يتهددها من تلك الناحية ، وأخذت بالنظم الديمقراطية والشورى وتعددت الواجبات الملقاة على عاتقها وتنوعت الخدمات التى تؤديها للأفراد فى صورة مرافق وخدمات عامة وجدت نفسها مسوقة لأن تتيح للأفراد المشاركة فى أداء الخدمات العامة ، واشباع حاجاتهم الخاصة والمحلية ، حتى تتفرغ الحكومة فى العاصمة للامور الخطيرة التى تهم الدولة كلها ، والتى يحسن اخضاعها لنظام موحد •

ويأخذ التنظيم الادارى فى الحالة الأولى صورة المركزية •

وفى الحالة الثانية صورة اللامركزية •

---

(٤) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : الوجيز فى القانون الادارى المرجع السابق ص ٤٥ •

فالمركزية واللامركزية هما صـــورتا التنظيم الادارى فى الدولة الحديثة تأخذ كل دولة منهما بنصيب يتفق وظروفها الاجتماعية .

ولهذا كما يقول أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى فان درجة المزيج بين المركزية واللامركزية من أدق الأمـــور فى التنظيم الادارى لأن هذه الدرجة متغيرة تبعا لتغير ظروف الدولة(٥) .

ومن ثم فانه كثيرا ما يعدل فى النظم التى يأخذ بها على ضـــوء ما تسفر عنه النتائج .

الادارة المركزية في المملكة العربية السعودية

لاشك أن النظام السياسى أو الادارى لشعب من الشعوب لابد وأن يتأثر بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والســياسية التى يعيش فيها،كما يؤثر هذا النظام السياسى أو الادارى بدوره فى تلك الظروف أى يتبادل النظام والظروف والتأثير والتأثر ، ويقوم بينه وبينها من مظاهر الاتصال الوثيق ما يجعل دراسة النظام السياسى أو الادارى بمعزل عن هذه الظروف ، دراسة قاصرة .

وهذه الحقيقة العلمية تظهــر بمزيد من الوضوح فى أســاليب التنظيم ادارى ، لأن هذا التنظيم يتخذ عادة وسيلة لتحقيق الأهداف الايجابية للدولة فى الميدانين السياسى والاقتصادى ، كما أن النشاط الادارى يهدف أساسا الى وضع الاتجاهات الكلية للنظــام السياسى

---

(٥) أستاذنا الدكتور سـليمان الطمـاوى : الوجيز فى القانون الادارى ـ المرجع السابق ص ٤٥ .

المرحوم الدكتور عثمان خليل : التنظيم الادارى فى الدول العربية ـ مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٧ ـ ص ٨ .

موضع التنفيذ فى الفروع والجزئيات ومن ثم كان من الطبيعى أن تنعكس الروح العامة والاتجاهات الكبرى لهذا النظام السياسى على أساليب تنفيذه فى تلك الجزئيات(٦) .

والتاريخ شاهد على هذه العلاقة الوثيقة ، فكانت الجزيرة العربية جزءا من العالم الاسلامى الخاضع للخلافة العثمانية ، الى أن استقلت نجد بنشأة الدولة السعودية الأولى سنة ١٢١٨ هـ (١٨٠٢م) .
ولما تولى الملك عبد العزيز حكم الحجاز فى سنة ١٣٤٣هـ (١٩٢٤م) صار ملكا على الحجاز وسلطانا لنجد الى سنة ١٣٥١هـ (١٩٣٢م) تاريخ توحيد المملكة العربية السعودية .

ونظرا لاستقلال نجد عن الخلافة العثمانية ، قبل الحجاز بحوالى قرن وربع فلم يكن للتشريعات العثمانية أثر فى اقليم نجد ، بعكس الوضع فى الحجاز الذى كانت سلطة الخلافة العثمانية فيه واضحة ، لوجود مقر الحكم فى مكة وسهولة المواصلات البرية والبحرية فكان يوجد خط سكة حديد الحجاز الذى يربط دمشق بالمدينة المنورة(٧) .

ولما قامت المملكة العربية السعودية الموحدة فى ١٣٥٢هـ اتخذ نظامها السياسى كله طابع المركزية بقصد القضاء على التفتيت السياسى الذى صاحب الخلافة العثمانية ، وتدعيما للمصلحة السياسية المركزية من ناحية لعدم عودة التفتيت السياسى والادارى الذى كان موجودا فى ظل الخلافة العثمانية .

---

(٦) الدكتور السيد محمد مدنى : القانون الادارى الليبى ١٩٦٤ ـ دار النهضة العربية ص ٥٠ .

(٧) السيد الدكتور محمد عبد الجواد : التطور التشريعى فى المملكة العربية السعودية منشأة المعارف ـ ١٩٧٧ ص ٤٠ .

ونصت المادة الأولى من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية الصادرة بأمر ملكى مؤرخ ٢١ صفر ١٣٤٥هـ على أن : « المملكة الحجازية بحدودها المعلومة مرتبطة بعضها ببعض ، لا تقبل التجزئة ولا الانفصال ، بوجه من الوجوه •

هذا وتتكون الادارة المركزية فى المملكة العربية السعودية من :

١ ــ خادم الحرمين الشريفين •

٢ ــ مجلس الوزراء ورئيس مجلس الوزراء •

٣ ــ الوزارات •

٤ ــ الأجهزة التابعة لرئيس مجلس الوزراء أو (الهيئات المستقلة التى تخدم على المستوى العام للمملكة العربية السعودية) •

المبحث الأول

خادم الحرمين الشريفين

(صاحب الجلالة الملك)(١)

تكون جميع ادارة المملكة(٢) بيد خادم الحرمين الشريفين (صاحب الجلالة الملك) وجلالته مقيد بأحكام الشرع الشريف •

---

(١) صدر أمر ملكى فى ١٩٨٦/١٠/٢٧ باستبدال مسمى صاحب الجلالة بلقب « خادم الحرمين الشريفين » •

(٢) التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية الصادرة بأمر ملكى مؤرخ ٢١ صفر سنة ١٩٤٥ ومنشور ب : أم القرى : العدد ٩٠ بتاريخ ٢٥ صفر الخير سنة ١٩٤٥ ، ٣ سبتمبر ١٩٢٦ (المادتين الخامسة والسادسة) •

والأحكام تكون دواما ، في المملكة الحجازية منطبقة على كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام ، وما كان عليه الصحابة والسلف الصالح . وذلك تطبيقا لما جاء في البلاغ الأول الذى أذاعه المغفور له الملك عبد العزيز في الثانى عشر من جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ ما يأتى (٣) .

ان مصدر التشريع والأحكام لا يكون الا من كتاب الله ، ومما جاء عن رسوله عليه الصلاة والسلام ، أو ما أقره علماء الاسلام الاعلام بطريق القياس أو أجمعوا عليه مما ليس في كتاب ولا سنة . فلا يحل في هذه الديار غير ما أحله الله ولا يحرم فيها غير ما حرمه الله .

وجاء في « بلاغ عام » بتاريخ ٢٨ من ذى الحجة سنة ١٣٤٣هـ(٤) ما يأتى :

ان الشريعة الاسلامية هى القانون العام ، الذى يجرى العمل على وفقه في البلاد المقدسة . وأن السلف الصالح وأئمة المذاهب الأربعة قدوتنا في السير على الطريق القويم ، وسيكون العلماء المحققون من جميع الأمصار هم المرجع لكل المسائل التى تحتاج الى تمحيص ونظر ثاقب .

وكما جاء في بلاغ عام صادر بتاريخ ١٩ ربيع الثانى سنة ١٣٤٤هـ(٥)

---

(٣) أم القرى العدد الأول بتاريخ ١٥ جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ .

(٤) أم القرى العدد ٣٠ بتاريخ محرم الحرام سنة ١٣٤٣هـ ، ٢٤ يوليو سنة ١٩٢٥م .

(٥) أم القرى العدد ٤٥ بتاريخ ربيع الثانى سنة ١٣٤٤هـ ، ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ .

« يجب أن يكون السلطان الأول والمرجع للناس كافة الشريعة الاسلامية المطهرة » .

وقال المغفور له جلالة الملك عبد العزيز فى خطاب عام :

« وقد جعلنا الله أنا وأبائى وأجدادى مبشرين ومعلمين بالكتاب والسنة وما كان عليه السلف الصالح لا نتقيد بمذهب دون آخر ومتى وجدنا الدليل القوى فى أى مذهب من المذاهب الأربعة ، رجعنا اليه ، وتمسكنا به . أما اذا لم نجد دليلا قويا . أخذنا بمذهب الامام أحمد(٦) .

والدولة العربية السعودية دولة ملكية شورية اسلاميه مستقله فى داخليتها وخارجيتها كما تنص المادة الثانية من التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية(٧) ووضع المغفور له الملك عبد العزيز نظام توارث الملك فى الدولة فاختار وليا للعهد ودعا « مجلس الشورى »(٨)

---

(٦) أم القرى العدد ٢٨٤ بتاريخ ٨ ذو الحجة سنة ١٣٥٢هـ ، ٢٤ مارس سنة ١٩٣٤م .

(٧) أم القرى العدد ٩٠ بتاريخ ٢٥ صفر الخير سنة ١٣٤٥هـ ، ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٦م .

(٨) ومجلس الشورى الأهلى أنشىء فى ١٣٤٣ أى منذ بدء عهد المملكة الحجازية وورد فى العدد الثالث من صحيفة أم القرى الصادرة بتاريخ ٢٩ جمادى الأولى سنة ١٣٤٣هـ ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤م وصدر نظام مجلس الشورى نشر فى أم القرى العدد ١٣٥ بتاريخ ١٥ محرم الحرام سنة ١٩٤٦م ١٥ يوليو ١٩٢٧م ثم صدر نظام جديد بنظام مجلس الشورى نشر فى أم القرى فى العدد ١٨٦ بتاريخ ٢٥ محرم الحرام ١٣٤٧ ، ١٣ يوليو ١٩٢٨م وهو متفق فى جملته مع سابقه الذى صدر فى سنة ١٣٤٦هـ .

« ومجلس الوكلاء »(٩) الى الاجتماع لاقرار هـذه البيعة ووضـع نظام ثابت لتوارث العرش بطريقة العهد فالعهد وحده لا يكفى لنقل وراثة العرش فحسبما جاء بالقرار المشترك لمجلس الشورى ومجلس الوكلاء لابد أن يستجمع ولى العهد الشروط الواجب توافرها فى الملك وهى التى تولى تحديدها الفقه الاسلامى :

ـ الكفاية الجسدية .

ـ أن يكون من أهل الولاية الكاملة .

ـ الكفاية العلمية .

ـ العـدالة

ـ الشـجاعة .

وتعتبر البيعة هى مصدر سلطات جلالة الملك .

ويعتبر الملك خادم الحرمين الشريفين هو صاحب السلطة العليا فى البلاد وهو يمارس اختصاصات داخلية واختصاصات خارجية .

أولا اختصاصات الملك الداخلية :

١ ـ السلطة السيادية :

(أ) القائد الأعلى للقوات المسلحة .

(ب) يمنح الأوسمة والميداليات .

(جـ) له الحق فى العفو عن العقاب وتخفيف العقوبة .

---

(٩) أم القرى . العدد ٣٧٠ بتاريخ ٧ رمضان سنة ١٣٥٠هـ . ١٥ يناير سنة ١٩٣٢م .

٢ ـ السلطة التنظيمية :

وهى التى تقابل السلطة التشريعية فى الدول الأخرى(١٠) ـ حيث التشريع لله وحده ـ ويملك الملك خادم الحرمين الشريفين السلطة التنظيمية بالاشتراك مع مجلس الوزراء طبقا لنظام مجلس الوزراء(١١).

وتنص المادة ١٩ منه على أنه : « لا تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات الا بموجب مراسيم ملكية(١٢) يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء .

كما تنص المادة العشرون على أنه : لا يجوز تعديل الأنظمة أو المعاهدات الدولية أو الامتيازات الا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء .

وأناطت المادة ٢٢ السلطة التنظيمية (التشريعية) من اختصاص مجلس الوزراء فتقضى المادة ٢٢ بأنه : « لكل وزير الحق بأن يقترح على المجلس مشروع نظام (قانون) يدخل ضمن أعمال وزارته ، لغرض اقراره ، وللمجلس الموافقة عليه أو رفضه . واذا رفض المجلس

---

(١٠) دكتور أحمد الصباب والأستاذ / محمد محجوب : شئون الموظفين ـ الجزء الأول دار المجمع العلمى بجدة ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م ص١٧ .

(١١) صدر نظام مجلس الوزراء بالمرسوم رقم ٣٨ الصادر بتاريخ ٢٢ من شوال سنة ١٣٧٧ (وهو يتكون من ٥٠ مادة) .

(١٢) المرسوم الملكى فيوقع عليهما جلالة الملك بعد موافقة مجلس الوزراء ولا يشترط فى المملكة العربية السعودية الفرط الذى كان واردا فى دستور ٢٣ المصرى فى المادة ٦٠ التى تنص على أن : توقيعات الملك فى شئون الدولة يجب لنفاذها أن يوقع عليها رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصين .

اقتراحا فلا يجوز اعادة عرضه عليه، الا اذا دعت الضرورة لذلك •
كما يحق لكل عضو من أعضاء مجلس الوزراء أن يقترح ما يرى مصلحة من بحثه فى المجلس •

وتنص المادة ٢٣ من نظام مجلس الوزراء على أنه : « اذا لم يوافق جلالة الملك على أى مرسوم أو أمر يقدم اليه لتوقيعه ، يعاد الى المجلس مشفوعا بالأسباب التى دعت لذلك لبحثه • واذا لم يرد المرسوم أو الأمر من ديوان جلالة الملك الى مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله ، يتخذ رئيس المجلس ما يراه مناسبا ، ويحيط المجلس علما بذلك •

الموضوعات التى يجب أن تنظم بمراسيم ملكية :

الأنظمة : تصدر عن طريق مراسيم ملكيات يشترك فيها مجلس الوزراء مع جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين •

مسائل تنظيم عن طريق الأنظمة :

١ ــ ادارة المناطق •
٢ ــ البلديات •
٣ ــ فرض الرسوم والضرائب وجبايتها والاعفاء منها •
٤ ــ التصرف فى أموال الدولة وايجارها •
٥ ــ منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد •
٦ ــ محاكمة الوزراء •
٧ ــ الميزانية •
٨ ــ نظام الموظفين العام •

٩ ــ النظام الخاص بالعقوبات التى توقع على الموظفين •

١٠ ــ نظام التقاعد المدنى •

١١ ــ نظام المزايدات والمناقضات •

١٢ ــ الأنظمة التى تنشىء الوزارات وترتيبها •

١٣ ــ نظام الشركات •

١٤ ــ نظام الأوراق التجارية •

١٥ ــ نظام الوكالات التجارية •

ومع هذا يمكن أن تعالج أية مسألة أخرى « بنظام » كما يمكن أن تعــالج بأية أداة أخرى كأمر ملــكى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار وزارى •

ويمكن أن تعالج بعض المسائل عن طريق مراسيم ملكية دون أن تتضمن أنظمة •

٣ ــ السلطة التنفيذية :

الملك خادم الحرمين الشريفين هو رئيس السلطة التنفيذية (رئيس مجلس الوزراء) فهو :

ــ يشــترك مع مجلس الوزراء فى رســم الســياسة الداخلية والخارجية والمالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية • وجميع الشئون العامة •••• الخ •

ــ ومجلس الوزراء هيئة نظــامية يرأسها جلالة الملك وتعقــد اجتماعات برئاسة جلالته لغرض كافة قرارات مجلس الوزراء للتصديق عليها ولا تعتبر قرارات المجلس نهائية إلا بعد صدور التصديق عليها•

ـ الملك يعين الوزراء ، كما يعفيهم من مناصبهم ويقبل استقالاتهم ، وجميع أعضاء مجلس الوزراء مسئولون عن أعمالهم أمامه •

يتولى رئاسة مجلس الوزراء ، فالملك خادم الحرمين الشريفين له توجيه السياسة العامة للدولة والعمل على التنسيق بين جميع الوزارات ومصالح الدولة والاشراف عليها •

ـ للملك خادم الحرمين الشريفين اختصاص اصدار اللوائح الداخلية لبعض الهيئات كهيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب وديوان المراقبة العامة وبعض المسائل الواردة فى نظام الموظفين العام •

ـ تخضع للملك خادم الحرمين الشريفين (بصفته رئيسا لمجلس الوزراء) الهيئات المستقلة الملحقة بالمجلس كديوان الموظفين العام ، وديوان الحسابات العامة وديوان المظالم •

ثانيا اختصاصات الملك الخارجية :

١ ـ الملك خادم الحرمين الشريفين هو ممثل الدولة وهو الذى يكون ادارة الدولة ويعلنها للدول الأخرى والمنظمات الدولية •

٢ ـ الملك هو الذى يصدق على المعاهدات والاتفاقات الدولية بموجب مراسيم ملكية •

٣ ـ يرسل المبعوثين الدبلوماسيين للدول الأخرى ويستقبل ممثل الدول الأخرى فى المملكة •

٤ ـ يزود المتفاوضين نيابة عن الدولة بأوراق التفويض •

٥ ـ يعلن الحرب والسلم .

فالملك خادم الحرمين الشريفين له كافة الاختصاصات المتعلقة بادارة العلاقات الخارجية .

وللملك خادم الحرمين الشريفين نائبين يفوض اختصاصاته لأحدهما ويمارس صلاحيات رئيس مجلس الوزراء بصفته نائبا لرئيس مجلس الوزراء لا بصفته نائبا للملك والقرارات التى تصدر عن الملك خادم الحرمين الشريفين بصفته رئيسا لمجلس الوزراء ، أو عن أحد نائبيه بهذه الصفة تسمى « بالأوامر » أو التوجيهات السامية .

المبحث الثانى

مجلس الوزراء

كان مجلس الشورى لسنة ١٣٤٦هـ(١) يختص بالنظر فى سن القوانين والأنظمة التى تعرضها الحكومة عليه (م/٣) .

واستمر مجلس الشورى يمارس سلطته التنظيمية ، الى أن أنشىء مجلس الوزراء فى سنة ١٣٧٣هـ ونص نظامه على سلطته فى الاشراف على الأنظمة التى يضعها مجلس الشورى لاقرارها أوتعديلها أو رفضها .

ثم جاء النظام الحالى لمجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكى(٢)

---

(١) أم القرى العدد ١٣٥ بتاريخ ١٥ محرم الحراج ١٤٣٦هـ ، ١٥ يولية ١٩٢٧م .

(٢) أم القرى العدد ١٧١٧ بتاريخ ٢٧ شوال ١٣٧٧هـ الموافق ١٩٥٨/٥/١٦ م .

رقم ٤٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ الموافق ١١ مايو ١٩٥٨م وهذا النظام لا يزال سارى المفعول • فنص على « السلطة التنظيمية » وعلى (شعبة الخبراء » التى صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ بتاريخ ١٢ صفر ١٣٩٤هـ بتشكيلها واختصاصها الذى سندرسها بتفصيل فيما بعد • هذا وبالرغم من وجود مجلس الشورى الى الوقت الحاضر الا أنه ليس له أى دور فى عملية اصدار الأنظمة ولا فى غيرها •

صدر أول نظام لمجلس الوزراء فى ١٢ رجب سنة ١٣٧٣هـ وأنشىء بمقتضاه أول مجلس وزراء فى المملكة العربية السعودية(٣) كان يجمع بين السلطتين التنفيذية والتنظيمية (التشريعية) •

ثم صدر نظام مجلس الوزراء الحالى بالمرسوم الملكى رقم ٣٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ(٤) ولازال هذا المرسوم الملكى مطبقا للآن •

---

(٣) ولقد قال المغفور له الملك سعود فى خطاب له فى افتتاح مجلس الوزراء ما نصه : لقد جعل الاسلام الأمر شورى بين المسلمين فأول ماعقدنا العزم عليه هو أن نجعل منكم اخواننا وأبنائنا ووزرائنا موضع ثقتنا وشورتنا لنتعاون معكم على النهوض بأعباء الحكم فى هذه البلاد فأنشأنا مجلس الوزراء ليكون مصدرا لجميع أعمالنا التى نقوم بها فى خدمة هذه الدولة وسيكون أى عمل فى الدولة وسيكون أى عمل فى الدولة مصدره ومرجعه منكم واليكم على أساس ما يقوم به كل منكم من أعباء وكلنا الأمر فيها اليه طبقا للأنظمة المقررة له » نقلا عن مؤلف :

الدكتور محمد عبد الجواد : التطور التشريعى فى المملكة العربية السعودية ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧ مطبعة جامعة القاهرة ص ١٠٤ •

(٤) المرسوم الملكى رقم ٣٨ بتاريخ ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧ يتكون من خمسين مادة •

تشكيل مجلس الوزراء :

يتكون مجلس الوزراء من :

(أ) رئيس مجلس الوزراء هو الملك خادم الحرمين الشريفين .

(ب) نواب رئيس مجلس الوزراء .

(جـ) الوزراء العاملين .

(د) وزراء الدولة الذين يصدر أمر ملكى بتعيينهم أعضاء فى المجلس كوزير دولة ... ووزراء الدولة الذين يعينون رؤساء للهيئات المستقلة (كديوان) الموظفين وهيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب .

وطبقا للتشكيل الوزارى الصادر بالأمر الملكى رقم ١/٢٣ فى ٨/١٠/١٣٩٥هـ بناء على نظام مجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكى رقم ٣٨ فى ٢٢ شوال ١٣٧٧هـ ـ والأمر الملكى رقم ٢١ فى ٣ جمادى الآخرة سنة ١٣٨٣هـ وما تلى ذلك من تعديل يتكون مجلس الوزراء كما يلى :

١ ـ صاحب السمو الملكى الأمير عبد الله بن عبد العزيز
ولى العهد ونائبا أول لرئيس مجلس الوزراء .

٢ ـ صاحب السمو الملكى الأمير عبد الله بن عبد العزيز
رئيس الحرس الوطنى .

٣ ـ صاحب السمو الملكى الأمير سلطان بن عبد العزيز
نائبا ثانيا لرئيس مجلس الوزراء ووزيرا للدفاع والطيران .

٤ ـ صاحب السمو الملكى الأمير متعب بن عبد العزيز
وزيرا للاسكان والأشغال العامة .

٥ ـ صاحب السمو الملكى الأمير نايف بن عبد العزيز
وزير الداخلية .

٦ ـ صاحب السمو الملكى الأمير ماجد بن عبد العزيز
وزير الشئون البلدية والقروية .

٧ ـ صاحب السمو الملكى الأمير سعود بن فيصل
وزير الخارجية .

٨ ـ معالى الشيخ حسن بن عبد الله آل الشيخ ـ وزيرا للتعليم
العـالى .

٩ ـ معالى الشيخ محمد العلى أبا الخيل ـ وزير المالية والاقتصاد
الوطنى .

١٠ ـ معالى الشـيخ هشـام محيى الدين ناظر ـ وزير البترول
والثروة المعدنية .

١١ ـ معالى الشيخ ابراهيم بن محمد آل الشيخ ـ وزير العدل .

١٢ ـ معالى الشيخ حسين منصورى وزير المواصلات .

١٣ ـ معالى الشيخ عبد العزيز الخويطر ـ وزير المعارف .

١٤ ـ معالى الدكتور عبد الرحمن آل الشيخ ـ وزير الزراعة والمياه

١٥ ـ معالى الشـيخ ابراهيم العنقرى ـ وزير العمل والشـئون
الاجتماعية .

١٦ ـ معالى الشيخ عبد الوهاب عبد الواسع ـ وزير الحج والأوقاف

١٧ ـ الدكتور محمد عبده يمانى ـ وزير الاعلام .

١٨ ـ الدكتور حسين عبد الرازق الجزائرى ـ وزير الصحة .

١٩ ـ الدكتور علوى درويش كيال ـ وزير البرق والبريد والهاتف .

٢٠ ـ الدكتور سليمان العبد العزيز السليم ـ وزير التجارة .

٢١ ـ الدكتور غازى عبد الرحمن القصبى ـ وزير الصناعة والكهرباء

٢٢ ـ معالى الشيخ محمد ابراهيم مسعود ـ وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء .

٢٣ ـ معالى الشيخ عبد الله محمد العمران ـ وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء .

٢٤ ـ معالى الشيخ محمد عبد اللطيف الملحم ـ وزير الدولة وعضو مجلس الوزراء .

٢٥ ـ معالى الشيخ هشام محيى الدين ناظر ـ وزير التخطيط بالنيابة (مع تولية وزارة البترول والثروة المعدنية) .

رئاسة مجلس الوزراء :

سار العمل فى المملكة العربية السعودية على مبدأ مباشرة الملك سلطته بواسطة وزرائه مع رئاسة جلالته لمجلس الوزراء .

غير أنه جرى العمل على تعيين ولى العهد نائبا أول لرئيس مجلس الوزراء وهو صاحب السمو الملكى عبد الله بن عبد العزيز نائبا ثانيا لرئيس مجلس الوزراء ووزيرا للدفاع والطيران . ويتولى النائب الأول رئاسة مجلس الوزراء وفى حالة عدم حضوره يتولى الرئاسة النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء ولا يمنع هذا العرف جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين من حضور جلسات مجلس الوزراء فقد يبدى من جليل النصح والارشاد ما يفيد الوزارة فائدة عظيمة .

وهذه العبارة الدقيقة فى دلالتها تجعل هذا الحضـــور متفقا مع ما هو مقرر فى البلاد البرلمانية بجوار رئاســـة الرئيس الأعلى للدولة لمجلس الوزراء ٠

وحين يحضر جلالة الملك جلسة من جلسات مجلس الوزراء تكون له الرياسة الفعلية وهو الذى يدير المناقشات ويأذن بالـكلام ويأخذ الآراء وما الى ذلك ٠

فالمقرر فى المملكة العربية الســـعودية أن اشـــتراك الملك خادم الحرمين الشريفين فى مباشرة السلطة الفعلية فهو يســـود ويحكم(٥) وبالتالى فان كل من يعمل قد يخطىء وقد يصيب(٦) ٠

قرارات مجلس الوزراء السعودى :

ان قرارات مجلس الوزراء السعودى قرارات نهائية الا ما كان يحتاج منها الى استصدار أمر أو مرسوم ملكى(٧) وحين يراد استصدار نظام فان الذى يتقدم بمشروعه الوزير المختص وفقا لما يلى :

---

(٥) وذلك بعكس المبدأ السائد فى انجلترا : « أن الملك يســـود ولا يحكم » ٠

(٦) وذلك بعكس المبدأ السائد فى انجلترا : « أن الملك لا يخطىء »

(٧) الدكتور حســـن توفيق : الادارة العـــامة فى المملكة العربيـــة السعودية المنظمة العربية للعلوم الادارية ــ عدد رقم ٨٧ صادر فى يناير ١٩٧١ ــ ص ٨ ٠

مراحل ســن النظام(٨) :

١ ـ لكل وزير الحق فى اقتراح أى مشروع نظـام يدخل فى أعمال وزارته ويقدم مشروع النظــام الى مجلس الوزراء • ويحال مشروع الناظم الى لجنة الأنظمة فى مجلس الوزراء لبحثه وتقديم تقرير عنه الى المجلس (المادة ٢٢ من نظام مجلس الوزراء رقم ٣٨ بتاريخ ١٢ شوال ١٣٧٧هـ) •

٢ ـ يعرض مشروع النظام وتقرير لجنة الأنظمــة على مجلس الوزراء لمناقشته والتصويت عليه • ويجب أن يوافق مجلس الوزراء على مشروع النظام بعد أخذ الرأى عليــه مادة مادة • ثم يصوت على المشروع كاملا وذلك حسب الاجراءات المنصوص عليها فى النظام الداخلى لمجلس الوزراء (المادة ٢١ من نظام مجلس الوزراء) •

٣ ـ يرفع مشروع الناظم بعد موافقة مجلس الوزراء عليه الى مقــام الملك خادم الحرمين الشريفين للموافقــة عليــه وللملك حق الاعتراض على مشروع النظام • فاذا اعترض الملك على مشروع نظام معين رده الى مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله اليه مشفوعا بالأسباب التى دعت الى ذلك لاعادة بحثــه (المــادة ٢٣ من نظام مجلس الوزراء) •

٤ ـ يصدر الملك النظام بتوقيع جلالته على المرسوم باصــدار النظــام •

---

(٨) أســتاذنا الدكتور جعفر عبد الســلام والدكتور عمــاد الدين الشربينى : مقدمة أصول التشريع فى المملكة العربية السعودية ـ الطبعة الأولى ـ دار الكتاب الجامعى القاهرة ١٤٠٣ ـ ١٩٨٣م ص ٩٥ •

٥ ــ يكون النظــام نافذ المفعول من تاريخ نشره فى الجــريدة الرسمية (أم القرى) الا اذا نص فى النظام على مدة أخرى لسريانه (المادة ٢٤ من نظام مجلس الوزراء) ٠

اختصاصات مجلس الوزراء السعودى :

حدد المرسوم الملكى رقم ٣٨ الصادر فى ٢٢ شوال سنة ١٣٧٧هـ صلاحيات مجلس الوزراء فى المادة ١ منه التى تنص على أن :

« يرسم مجلس الوزراء السياسة الداخلية والخارجية والمــالية والاقتصادية والتعليمية والدفاعية ، وجميع الشئون العامة للدولة ، ويشرف على تنفيذها ٠ ويملك السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية ، والســلطة الادارية وهو المرجــع للشــئون المالية ولجميع الشئون المرتبطة فى سائر وزارات الدولة والمصــالح الأخرى وهو الذى يقرر ما يلزم اتخاذه من اجراءات فى ذلك ولا تعتبر المعاهدات والاتفاقيات الدولية نافذة الا بعد موافقته ٠

وقرارات مجلس الوزراء نهائية ٠ الا ما يحتاج منها لاستصدار أمر أو مرسوم ملكى طبقا لأحكام هذا النظام ٠

من هذا النص الوحيد الذى حــدد اختصاصــات مجلس الوزراء بالمملكة العربية السعودية نجد أنه قسم سلطات الدولة الى :

١ ــ سلطة تنظيمية « تشريعية » ٠

٢ ــ سلطة تنفيذية ٠

٣ ــ سلطة ادارية ٠

ومجلس الوزراء فى المملكة العربية السعودية هو الذى يقر الميزانية العامة للدولة(٩) ٠

« تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية والامتيازات الا بموجب مراسيم ملكية يتم اعدادها بعد موافقة مجلس الوزراء (م/١٩) » ٠

« ولا يجوز تعديل الأنظمة أو المعاهدات الدولية أو الامتيازات الا بموجب نظام يصدر حسب المادة ١٩ من نظام مجلس الوزراء وتنص المادة ٢١ على أن : « يبت المجلس فى مشروعات الأنظمة المعروضة عليه مادة مادة ، ثم يصوت عليها بالجملة ٠

التشكيلات ادارية لمجلس الوزراء :

يدخل فى تشكيلات مجلس الوزراء الادارية الشعب الآتية :

١ — ديوان رئاسة مجلس الوزراء ٠

٢ — الأمانة العامة لمجلس الوزراء ٠

٣ — شعبة الخبراء ٠

أولا — ديوان رئاسة مجلس الوزراء :

يرأس ديوان رئاسة مجلس الوزراء رئيس للديوان مرتبط برئيس المجلس ويعاونه مدير عام ويشرف على أعمال الديوان ٠

---

(٩) أقر مجلس الوزراء الميزانية العامة للدولة السعودية للعام المالى ١٣٠٩ — ١٣١٠ ٠

وتحددت المصروفات بمائة وواحد وأربعون ألف مليون ريال سعودى

وتحددت الايرادات بمائة وست عشرة ألف مليون ريال سعودى ٠

ويتبع ديوان رئاسة مجلس الوزراء تسع أقسام هى :

١ ـــ قسم شئون المشاريع .
٢ ـــ قسم الشئون المالية .
٣ ـــ قسم الشئون السياسية .
٤ ـــ قسم الشئون الادارية .
٥ ـــ قسم الشئون السرية .
٦ ـــ قسم لشئون الموظفين .
٧ ـــ قسم البرقيات .
٨ ـــ قسم شئون الأجانب .
٩ ـــ قسم شئون البادية (القبائل) .

ثانيا ـــ الأمانة العامة لمجلس الوزراء :

يرأس الأمانة العامة للمجلس أمين عام مرتبط برئيس مجلس الوزراء ويساعده فى القيام بأعاله مشاعد ويتفرع عن الأمانة العامة ثمان أقسام هى :

١ ـــ قسم المستشارون .
٢ ـــ قسم الادارة .
٣ ـــ قسم المكتبة .
٤ ـــ قسم محاضر الجلسات .
٥ ـــ قسم الادارة المـــالية .
٦ ـــ قسم سكرتارية لجنة الأنظمة .
٧ ـــ قسم سكرتارية اللجنة الادارية .
٨ ـــ قسم الشئون الادارية .

ثالثا ــ شعبة الخبراء :

بناء على نص المادة ٤٥ من نظام مجلس الوزراء صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ بتاريخ ١٢/٢/١٣٩٤هـ بتشكيل شعبة الخبراء وتحديد اختصاصاتها •

ــ ترتبط الشعبة مباشرة بالنائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

ــ تتألف الشعبة من : رئيس ومساعد الرئيس وعدد من الأعضاء الخبراء القانونيين يكون من بينهم مختصون فى فرعى المالية العامة والادارة العامة •

ــ وللشعبة ، بقدر الحاجة ، الاستعانة بخبراء ينتدبون لها بصفة عرضية من الجهات الادارية والمؤسسات العلميه •

ــ يختار رئيس الشعبة من ذوى الاختصاص العالى فى الدراسات القانونية ويشترط فى كل الأعضاء الخبراء قصى حد ممكن من التأهيل والخبرة ويكونون على درجات تبدأ بدرجة مساعد خبير •

ــ يكون لرئيس الشعبة بالنسبة لادارة جهازها ذات الصلاحيات التى يمارسها الأمين العام لمجلس الوزراء بالنسبة لجهاز الأمانة العامة ، عدا الصلاحيات التى يرى النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء الاحتفاظ بها لنفسه •

ــ ويتم دائما اختيار الأعضاء الخبراء وانهاء خدمتهم ونقلهم خارج الشعبة بموافقة النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

ــ تتولى الأجهزة الادارية فى الأمانة العامة لمجلس الوزراء أداء الخدمات الادارية اللازمة للشعبة فى مجال الشئون المالية وشئون الموظفين •

اختصاصات شعبة الخبراء :

حدد قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٨ لسنة ١٣٩٤هـ اختصاصات شعبة الخبراء فيما يلي :

١ بحث ودراسة المعاملات التى تحال اليها من قبل رئيس مجلس الوزراء ونائبه ومن مجلس الوزراء ولجانه •
٢ — مراجعة مشروعات الأنظمة واللوائح المقدمة من الجهات الادارية •
٣ — اعادة مراجعة الأنظمة السارية واقتراح تعديلها •
٤ — اقتراح الصياغة المناسبة لقرارات مجلس الوزراء التى تتضمن وضع قواعد عامة •

كيفية قيام شعبة الخبراء بعملها :

أولا — تتم احالة المعاملات عن طريق الأمانة العامة من قبل رئيس مجلس الوزراء أو نائبه أو المجلس أو لجانه المتفرعة حسب الأحوال الى رئيس الشعبة •

ثانيا — تتم دراسة المعاملات ذات الطابع الفردى من قبل اثنين من الخبراء على الأقل • أما المعاملات ذات الطابع العام أى الأنظمة واللوائح والقواعد العامة، سواء فى ذلك انشاؤها أو تعديلها أو الغائها فتتم دراساتها من قبل هيئة الخبراء فى الشعبة مجتمعة ويكون أحد الأعضاء الخبراء مقررا للهيئة فى دراسة مثل هذه المعاملات ومسئولا مباشرة عن انجاز الدراسة • وفى جميع الأحوال تصدر المذكرات والتقارير بنتائج دراسة المعاملات أيا كان نوعها باسم الشعبة وفى حالة المعاملات ذات الطابع العام يبين فى المذكرات والتقارير ما اذا كانت نتيجة الدراسة توصل اليها بالأكثرية أو بالاجماع ويحتفظ فى الشعبة بالمذكرات والتقارير الموقعة من قبل الخبراء الذين حرروها •

اجراءات دراسة المعاملات طبقا للنظام الداخلى لشعبة الخبراء :

تضمن قرار مجلس الوزراء رقم ٦٨ بتاريخ ١٣٩٤/١١/١٦هـ اجراءات دراسة المعاملات وفقا للقواعة التالية :

١ ـ تخصص الساعة الأولى من دوام كل يوم لاجتماع المستشارين فى شكل هيئة عامة لدراسة المعاملات التى تتطلب الدراسة الجماعية والمناقشة ما يستنجد متعلقا بسير العمل فى الشعبة وحسن أدائها لواجباتها ، ويجوز لرئيس الشعبة عند الاقتضاء ، مد فترة الاجتماع أو تقصيرها ، أو تقرير عقد اجتماعات أخرى (المادة الأولى)

٢ ـ تدرس مشاريع الأنظمة واللوائح والقواعد العامة وكذلك المعاملات التى تحتوى على تقارير سابقة أثناء الاجتماعات الصباحية (المادة الثانية) •

٣ ـ تقرر نتائج الدراسة لمشاريع الأنظمة واللوائح والقواعد العامة المنشئة والمفسرة وتقرر السوابق بأغلبية آراء المستشارين المشتركين فى الاجتماع (المادة الرابعة) •

٤ ـ عند اجراء تغيير جوهرى فى مشروع أى نظام أو لائحة يتعين على المستشار المقرر استطلاع رأى الجهة التى أعدته عن طريق اشتراك مندوب عنها (المادة الخامسة) •

٥ ـ يتقيد المستشارون عند دراستهم للمعاملات المحالة اليهم بالسوابق التى تقرر هيئة الخبراء التزامها • فاذا رأى المستشار مخالفة السابقة وجب عرض الموضوع على الهيئة مجتمعة (المادة السادسة) •

٦ ـ عند اقتضاء دراسة أية معاملة يجوز للمستشار الاطلاع على

الأعمال التحضيرية لأى قرار من قرارات مجلس الوزراء وذلك عن طريق ترتيبات يتفق عليها بين الأمين العام لمجلس الوزراء ورئيس الشعبة (المادة التاسعة) •

٧ — يخاطب رئيس الشعبة الوزراء ورؤساء المصالح الحكومية أو الموظفين فى المستويات الأدنى لأغراض دراسة المعاملات كاستيفاء معلومات ناقصة أو طلب أوراق تتصل بالموضوع أو طلب تعيين مندوبين أو للاستعانة بخبراء (المادة العاشرة) •

المبحث الثالث

الوزارات

ان تعدد وظائف السلطة الادارية المركزية وتشعبها يجعل من المتعذر قيام هيئة ادارية واحدة أو رئيس ادارى واحد بجميع المهام الملقاة على عاتق هذه السلطة • ولهذا كان من الواجب لضمان حسن سير الجهاز الادارى توزيع العمل الادارى بين هيئات أو وحدات ادارية تباشر كل وحدة منها قدرا معينا من الاختصاصات الادارية المركزية •

وتعدد الوحدات أو الأقسام الادارية يقتضى اخضاعها جميعا لسلطة عليا واحدة تتولى رسم السياسة العامة التى تسير عليها تنسق العمل بينها وهذه السلطة هى مجلس الوزراء ويعتبر فى علاقته بالسلطة الادارية بمثابة القائد الموجه •

ومن هنا كان التنظيم الادارى السليم فى كل دولة يقتضى وجود سلطة قيادة واحدة تتبعها أقسام أو وحدات ادارية متعددة تتولى

الوظيفة الادارية تحت اشرافها ورقابتها وفقا للسياسة العامة(١) يرسمها مجلس الوزراء ويقرها خادم الحرمين الشريفين جلالة الملك.

والوزارات أقسام ادارية رئيسية يرأس كل قسم (وزارة) رئيس فرد يجمع فى يده السلطة والمسئولية ، ويختص كل قسم منها بجزء من اختصاصات السلطة الادارية فى الدولة •

وتنشأ الوزارات لتحقيق غرض محدد أو تقديم نوع معين أو مجموعة متشابهة من الخدمات • وعلى هذا الأساس يحدد عدد الوزارات واختصاص كل منها •

وتقتضى مبادىء التنظيم السليم كما يقول أستاذنا المرحوم الدكتور محمد فؤاد مهنا(٢) : بجمع كل الأعمال التى من نوع واحد فى يد وزارة واحدة • فلا تنشأ أكثر من وزارة للقيام بنوع واحد من الأعمال أو بأعمال متشابهة فى النوع وأن لا يزداد عدد الوزارات عن حد معين حتى يسهل التنسيق بين أعمالها •

ويلاحظ أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى(٣) فى جميع الدول أن عدد الوزارات فى ازدياد مستمر ، وأن هذه الزيادة تبلغ

---

(١) المرحوم الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا : سياسة الاصلاح الادارى وتطبيقاتها ـ دار المعارف ١٩٧٨ ـ ص ٣٦٧ •

(٢) المرحوم أستاذنا الدكتور محمد فؤاد مهنا : الوزارات وتنظيمها فى ضوء مبادىء علم التنظيم ـ بحث بمجلة الحقوق البحوث القانونية والاقتصادية ـ السنة السنة الثامنة ـ العددان الأول ، والثانى ١٩٥٩ والمجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ص ١٣٢ •

(٣) أستاذنا العميد سليمان محمد الطماوى : النظم السياسية والقانون الدستورى دراسة مقارنة ١٩٨٨ ـ بدون دار نشر أو مطبعة ص ٥٤١ •

أقصى مداها فى الدول الاشـــتراكية ويترتب على تعـدد الوزارات مشاكل كثيرة :

ـ الاسراف فى النفقات العامة •

ـ تتداخل الاختصاصات بين الوزارات المتشابهة مما يؤدى الى كثير من المنازعات بين الادارات والمصالح الى استشـكال الأمر على الأفراد •

ولهذا عملت بعض الدول ومنها المملـكة العربية السـعودية على الحد من تعدد الوزارات فى غير ما ضرورة الى حد ان اشتراط بعضها ألا تنشأ الوزارات الا بقانون(٤) •

الوزارات فى المملكة العربية السعودية :

كان يوجد فى المملكة العربية السعودية حتى بداية السـبعينات فى القرن الهجرى المـاضى أربع وزارات هى :

١ ـ وزارة الداخلية •

٢ ـ وزارة الخارجية •

٣ ـ وزارة المـالية •

٤ ـ وزارة الدفاع •

ولقد بلغ اليوم عدد الوزرات فى المملكة العربية السعودية وطبقا للتشكيل الأخير برئاسة الملك فهد بن عبد العزيز الى خمس وعشرين وزارة •

---

(٤) أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوى : النظم السياسية والقانون الدستورى ص ٥٤٣ •

ان معظم الوزارات فى المملكة العربية السعودية كان يستند منذ انشائها على قاعدة تنظيمية ثم ارساء دعائمها قبل عملية الانشاء بزمن ليس قصير ، وهذا ما عمل على تمكين هـذه الوزارات من ممارسة نشاطاتها ووظائفها منذ بدايات انشائها كما أن ذلك مكنها أن تتحرك فى اتجاه التكامل البنيوى بصورة سريعة (٥) •

وطبقا لقانون مجلس الوزراء يختص الوزير بالاختصاصات الآتيـة (٦) :

- وضع السياسة العامة للوزارة والاشراف على تنفيذها •
- تحديد نظام العمل بالوزارة واصدار اللوائح المتعلقة بالتنظيم الادارى لها بناء على اقتراح من وكيل الوزارة •
- البت فى مشروعات الانظمة (القوانين) المتعلقـة بوزارته والتى تصدر بموجب مراسيم ملكية أو قرارات من الوزارة •
- اصدار القرارات الوزارية « واللوائح التنفيذية » سـواء الخاصة بقرارات مجلس الوزراء أو بقرارات الوزير الفردية •
- له حق تشكيل هيئة أو لجنة تتولى التحرى والبحث فى المسائل المتعلقة بالمصالح والادارات التابعة للوزارة •

---

(٥) دكتور عبد المعطى محمد عساف : التنظيم الادارى على مستوى الوزارات فى المملكة العربية السعودية ـ بحث منشور بمجلة العلوم الادارية ـ العدد الأول ـ يونية سنة ١٩٨٦ ص ١٦٣ •

(٦) دكتور مصطفى أحمد فهمى : المجالس المحلية بالمملكة العربية السعودية الاصدار رقم ٧٣ للمنظمة العربية للعلوم الادارية ص ٨ •

ـ والوزير مسئول أمام رئيس مجلس الوزراء تصرفاته فى حدود سلطاته السابقة •

الوزرات الحالية فى المماكة العربية السعودية وهى :

١ ـ وزارة الخارجية :

أنشأت عام ١٣٤٩هـ وتتولى مهام السياسة الخارجية والتمثيل السياسى للمماكة العربية السعودية ويتولى وثأر الخارجية صاحب السمو الملكى/سعود بن فيصل •

٢ ـ وزارة الدفاع والطيران المدنى :

أنشأت عام ١٣٦٥ هـ وتتولى الأمور العسكرية فى المملكة وتتولى مهام الحفاظ على الأمن القومى الخارجى من زاوية عسكرية حيث هى التى تقع على عاتقها الدفاع عن المملكة العربية السعودية وحمايتها من أى اعتداء خارجى • كما تتولى الوزارة أيضا مسئولية الطيران المدنى وذلك بعد تأسيس مصلحة الخطوط الجوية العربية السعودية •

ويتولى منصب وزير الدفاع والطيران هو صاحب السمو الملكى الأمير سلطان بن عبد العزيز النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء •

٣ ـ وزارة الداخلية :

أنشأت عام ١٣٥٠ هـ وتتولى بكافة الأمور الداخلية لمجتمع المملكة وتتولى تحقيق النظام العام فى المملكة بمدلولاتها الثلاثة ـ حفظ الأمن ـ حفظ الصحة العامة ـ حفظ السكينة العامة •

وألحقت بوزارة الداخلية مختلف الدوائر التى تمارس أعمال الخدمات العامة المختلفة كالصحة والتعليم والبريد والبرق والتليفونات

كل هذا بالاضافة الى أعمال الأمن الداخلى الذى أصبح فيما بعد يمثل المحور الأساسى لنشاطات وزارة الداخلية ٠

ويتولى منصب وزارة الداخلية صاحب السمو الملكى الأمير / نايف بن عبد العزيز ٠

٤ ـ وزارة العدل :

تأسست عام ١٣٩٠ هـ ويختص بادارة القضاء وكل ما يتعلق بالمحاكم والقضاة ٠ ويتولى وزارة العدل معالى الشيخ/ابراهيم محمد آل الشيخ ٠

٥ ـ وزارة الزراعة والمياه :

تأسست عام ١٣٧٣ هـ وتتولى مسئولية تطوير القطاع الزراعى فى المملكة بوضع الخطط والسياسات الزراعية الدقيقة مع توفير التقاوى والبذور والكيماويات اللازمة لمقاومة الآفات مع توفير المهندسين الزراعيين ٠

ويتولى وزير الزراعة والمياه معالى الدكتور/عبد الرحمن آل الشيخ ٠

٦ ـ وزارة الصناعة والكهرباء :

وتأسست عام ١٣٩٦ هـ وتتولى تنفيذ السياسة التصنيفية للدولة، وتشرف هذه الوزارة على قطاع الكهرباء الذى يمكن اعتباره من قطاع الخدمات ٠ يتولى وزير الصناعة والكهرباء الدكتور/غازى عبد الرحمن القصيبى ٠

٧ ـ وزارة البترول والثروة المعدنية :

وتأسست عام ١٣٨٠ هـ • وتتولى الأعمال المتصلة بالبترول والطاقة والثروة المعدنية فى جوف الأرض أى تتولى الصناعات الاستخراجية • وتتولى أعمال استخراج البترول ثم القيام بالصناعات الناتجة عنـــه كما تتولى أعمال الصناعات الهيدروكربونية والبتروكيماوية •

ويتولى وزير البترول والثروة المعدنية معالى الشيخ / هشـــام محيى الدين ناظر •

٨ ـ وزارة الصحـــة :

تأسست عام ١٣٧١ هـ • وتتولى مسئولية تقديم كافة الخدمات الصحية اللازمة فى المملكة للمواطنين وحجاج بيت الله والمعتمرين وذلك ببناء المستشفيات والمصحات لوقاية الموجودين فى المملكة من أيـــة أوبئة أو أمراض ويتولى وزير الصحة الدكتـــور/حسين عبد الرازق الجزائرى •

٩ ـ وزارة المواصلات :

وقد تأسست عام ١٣٧٢ هـ • وتختص بربط المملكة العربيـــة السعودية داخليا وخارجيا بشبكة من الطرق والاشراف على عمليات النقل الداخلى البرى والمتمثل فى السكك الحديدية وشاحنات النقـــل ونقل الركاب وعمليات النقل الخارجى بواسطة النقـــل البحـــــرى والشاحنات • ويتولى وزير المواصلات معالى الشيخ/حسين منصورى

١٠ ـ وزارة المعارف :

وقد تأســـست عام ١٣٧٣ هـ • وتتولى كل الشئون المتعلقة بالتعليم والارتقاء به ، وتوفير الكفاءات السعودية فى كافة المجـــالات وتتولى

مهمة التعليم بوجه عام من أول برامج محلاو الأمية والمدارس المهنية والمدارس الابتدائية والمدارس الثانوية السعودية •

ويتولى وزير المعارف معالى الدكتور/عبد العزيز الحويطر •

١١ ـ وزارة العمل والشئون الاجتماعية :

تأسست عام ١٣٨٠ هـ وتتولى التدريب المهنى للعاملين وكل ما يتعلق بالعمل والعمال والمشاكل التى تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال •

وتتولى مهام التأمين الاجتماعى •

ويتولى وثير العمل والشئون الاجتماعية معالى الشيخ/ابراهيم العنقرى •

١٢ ـ وزارة التعليم العالى :

وتأسست عام ١٣٩٥ هـ • وتتولى كل ما يتعلق بالنشاطات المتعلقة بسياسة التعليم العالى فى المملكة فى كافة الجامعات السعودية والمعاهد العليا • كما تشرف على بعثات طلاب الجامعات السعودية الى الخارج للحصول على الدرجات العلمية أو جمع المادة العلمية أو التدريب •

ويتولى وزير التعليم معالى الشيخ/حسن بن عبد الله آل الشيخ

١٣ ـ وزارة البرق والهاتف :

تأسست عام ١٣٩٥ هـ وتتولى جميع أعمال التليفونات من حيث انشاء السنترالات وصيانتها لتوفير الاتصال بجميع المناطق داخل المملكة وخارجها فى العالم الخارجى • بالاضافة الى تركيب التلكسات وأجهزة التلغراف بالعربية والأجنبية فى جميع المناطق لتيسير سبل الاتصال الداخلى والخارجى وتتولى أعمال البريد الداخلى والخارجى

ويتولى وثير البرق والبريد والهاتف الدكتور/علوى درويش كيال •

١٤ ـ وزارة الاشغال العامة والاسكان :

تأسست عام ١٣٨٣ هـ وتتولى مهمة الاشراف على مشاريع الحكومة المختلفة ، وعلى ادارة سياسة الاسكان العامة التى تقوم بها الدولة ، وتعول مسئولية بناء المساكن الشعبية للمواطنين •

ويتولى الوزارة صاحب السمو الملكى الأمير متعب بن عبد العزيز

١٥ ـ وزارة الحج :

وتأسست عام ١٣٨١ هـ وتتولى كافة الشئون المتعلقة بشئون الحج والحجاج والأوقاف •

ويتولى وزير الحج والأوقاف معالى الشيخ/عبد الوهاب عبد الواسع •

١٦ ـ وزارة الاعلام :

تأسست عام ١٣٨٢هـ • وتتولى كافة المهام المتصلة بالاعلام والاتصال الجماهيرى سواء فى الاذاعة أو التليفزيون أو الصحافة أو المطبوعات والكتب والفيديو •••• الخ •

ويتولى وزير الاعلام الدكتور محمد عبده يمانى •

١٧ ـ وزارة التجارة :

تم تأسيسها عام ١٣٧٣هـ ويتولى مهام ادارة القطاع التجارى

الداخلى والخارجى فى المملكة بهدف تنظيمه وضبط حركته بما ينسجم والعلاقات المملكة الخارجية •

ويتولى وزير التجارة الدكتور/سليمان العبد العزيز السليم •

١٨ ــ وزارة الشئون البلدية والقروية :

أنشأت عام ١٣٧٣ هـ وتتولى الاشراف على أعمال البلديات المختلفة فى المملكة ما عدا ما يتعلق بمدينة الرياض التى يختص بها مجلس الوزراء •

ويتولى وزير الشئون البلدية والقروية صاحب السمو الملكى الأمير ماجد بن عبد العزيز •

١٩ ــ وزارة المالية والاقتصاد :

تأسست عام ١٣٥١ هـ وتتولى مهمة ادارة الأموال العامة الخاصة بالدولة سواء بجباية هذه الأموال أو توزيعها ويتولى وزير المالية معالى الشيخ/محمد العلى أبا الخيل •

٢٠ ــ وزارة التخطيط :

تم تأسيسها عام ١٣٩٥ هـ وتتولى مهام التخطيط الهام فى جميع المجالات فى المملكة العربية السعودية •

ويتولى وزير التخطيط بالنيابة حاليا معالى الشيخ / هشام محيى الدين ناظر بالاضافة لعمله كوزير للبترول والثروة المعدنية •

المبحث الرابع

الهيئات المستقلة التى تخدم على المستوى العام للملكة العربية السعودية

أدركت السلطة العامة أن التطور والتعقد والتضخم الذى أصبحت تتميز به وظيفة الدولة المعاصرة • أصبح يفرض على السلطة الادارية « التنفيذية » العامة فى الدولة أن تبنى أجهزتها التنفيذية المختلفة وأن تمارس وظائفها المتنوعة بالاستناد الى قواعد علمية تضمن لهذه الأجهزة ولتلك الممارسات فعاليتها •

ومن هنا صار من اللازم على السلطة العامة أن تستند الى قواعد الادارة العامة العلمية كمدخل أساسى لانجاز كل ذلك ، سواء تعلقت هذه القواعد بعمليات التخطيط أو التنظيم أو التوظيف أو التمـويل أو الرقابة أو التطوير ••• الخ من العمليات الفرعيـة التى تشـكل مجموعها ما تسميه بوظائف العملية الادارية العامة •

ولتحقيق ذلك نجد أن : « السلطة العامة تقوم بانشـاء أجهـزة متخصصة فى هذه العمليات ، لتبرز كأجهزة مساعدة لها وتستند اليها فى ممارسة هذه المهام المتمثلة فى تطبيق قواعد الادارة العامة فى مجال الأجهزة الحكومية المختلفة (١) •

---

(١) دكتور عبد المعطى محمد عساف : الجوانب التنظيمية لأجهزة الادارة المركزية على مستوى التنظيم الحكومى فى المملكة العربية السعودية ــ بحث بمجلة العلوم الادارية ــ السنة الثلاثون ــ العدد الأول • يونيه ١٩٨٨ ــ ص ١٦١ •

والأجهزة أو الهيئات المستقلة التى تخدم على المستوى العــام للمملكة هى :

١ ـــ الديوان العام للخدمة المدنية •

٢ ـــ الإدارة المركزية للتنظيم والادارة •

٣ هيئة الرقابة والتحقيق •

٤ ـــ هيئة التأديب •

٥ ـــ ديوان المراقبة العامة •

٦ ـــ ديوان المظالم •

الفــرع الأول

الديوان العام للخدمة المدنية

تم تأسيس الديوان العام للخدمة المدنية عام ١٣٩٧ هـ ـــ ١٩٧٧م أثر صدور المرسوم الملكى رقم ٤٨ بتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧ هـ •

ويتولى ديوان الخدمة المدنية المهام والمسئوليات الآتية :

(أ) اقتراح الأنظمة واللوائح المتعلقة بشئون الموظفين لاصدارها بالطرق النظامية •

(ب) الاشراف على تنفيذ جميع الأنظمة واللوائــح والقــرارات المتعلقة بشئون الموظفين واصدار التعليمات اللازمة •

(ج) ابداء الرأى فى المسائل المتعلقة بشئون الموظفــين واجــراء الدراسات والبحوث المتعلقة بذلك •

(د) الاعلان عن الوظائف الشاغرة واجراء الاختبارات والترشيح للوظائف الشاغرة •

(هـ) تصنيف الوظائف •

(و) دراسة الرواتب والأجور والبدلات والتعويضات والمكافآت واقتراح اعادة النظر فيها •

(ز) دراسة الوظائف المطلوبة لبيان الفئات المناسبة لهـا وفقـا لقواعد التصنيف •

(ح) اقتراح السياسة العامة لتدريب الموظفين واقتراح الوسائل التى تؤدى لتنفيذ الأنظمة واللوائح والقـرارات المتعلقـة بشـئون الموظفين وضبط السجلات الخاصة بالتعيينات والترقيات والنقل وغير ذلك من الأمور التى تتعلق بادارة الموظفين •

(ط) فحص تظلمات الموظفين المحالة من الجهات المختصة وابداء الرأى فيهـا •

(ى) الاختصاصات الأخرى التى يسندها الى مجلس الوزراء أو تسندها اليه الأنظمة واللوائح وقرارات مجلس الخدمة المدنية(٢) •

التنظيم الادارى لمجلس الخدمة المدنية (٣)

١ ــ رئيس الديوان العام للخدمة المدنية :

بمرتبة وزير ويتم تعيينه بأمر ملكى ورئيس الديوان هو الـذى

---

(٢) دكتور أحمد الصباب والأستاذ محمد محمد محجوب : شئون الموظفين ــ دار المجمع العلمى بجدة ١٩٧٨م •

(٣) مرسوم ملكى رقم م/٤٨ بتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ بنظام مجلس الخدمة المدنية •

يمثل مجلس الخدمة المدنية مع الجهات المختلفة وعلى رئيس الديـوان العام للخدمة المدنية أن يرفع تقريرا كل ستة أشهر الى مجلس الخدمة المدنية يبين فيه انجازات الديوان العام للخدمة المدنيـة وعلى مجلس الخدمة المدنية رفع التقرير الى رئيس مجلس الوزراء مشفوعا بدراسة شاملة للمشاكل التى تواجه شئون الخدمة المدنية .

وللرئيس نائب رئيس يحل محله ويشرف على الادارات المختلفة عـدا الادارة القانونية وادارة التخطيط .

٢ ـ الادارة القانونية :

وهى تتبع رئيس الديوان العام للخدمة المدنية وتختص بمايأتى:

١ ـ اعداد مشروعات الأنظمة (القوانين) المقترحة .

٢ ـ تقديم المشورات فيما يتعلق بالموضوعات القانونية .

٣ ـ تقديم المشورات فيما أتعلق بعقود التأمينات للديوان .

٤ ـ تمثيل الديوان فى النواحى القانونية .

٥ ـ دراسة وابداء الرأى فى القرارات والقضايا الخاصـة بالموظفين والمستخدمين الخاضعين للانظمة المدنية .

٣ ـ ادارة التخطيط وتطوير الخدمة :

وتتبع رئيس الديوان وتختص :

(أ) دراسة الاحتياجات طويلة المدى ألقوى البشرية العاملة .

(ب) دراسة الاحصائيات العامة لشئون الموظفين .

(ج) سياسة التدريب وبرامجه •

(د) برامج التقييم •

(هـ) مواد التقرير السنوى الذى يعد للرئيس •

٤ ــ ادارة التفتيش والمتابعة :

تعمل تحت الرئاسة المباشرة لنائب رئيس الديوان ويختص بما يلى :

١ ــ التفتيش المفاجىء لوحدات الديوان للتأكد من الاجراءات وتحديد المخالفات •

٢ ــ اجراء التحقيقات وفق توجيهات المسئولين فى الديوان وابلاغ النتائج للجهات صاحبة الطلب •

٣ ــ الاطلاع على مدى تنفيذ ادارات شئون الموظفين فى الوزارات والمصالح الحكومية مع أنظمة الموظفين والأحكام والتعليمات وتقديم التقارير اللازمة •

٤ ــ تمثيل الديوان بالاشتراك مع اللجان التى تدرس مشاكل الموظفين ومشاكل الادارات •

٥ ــ ادارة علاقات الموظف :

تتبع نائب رئيس الديوان وتختص بما يلى :

١ ــ تقديم النصائح للموظفين لحل مشاكلهم •

٢ ــ تحليل ودراسة المشاكل الخاصة بشئون الموظفين •

٣ ــ تنظيم اجراءات تقديم التظلمات والتعاون مع الوزارات والمصالح الحكومية فى تطبيقها •

٦ ــ الادارة العامة للتوظيف والامتحانات :

وتتبع نائب الرئيس وتختص بما يلى :

(أ) اجراء البحوث والدراسات القائمة فى الدولة للقوى البشرية العـــاملة •

(ب) تكوين ودراسة الشروط المتطلبة فى شاغلى الوظائف •

(جـ) الاعلان عن الوظائف التى يطلب شغلها •

(د) توزيع خريجى الجامعات والمعاهد والناجحين فى المســـابقات العامة على الأجهزة الحكومية حسب الاحتياج •

٧ ــ الادارة العامة للتصنيف :

تتبع نائب الرئيس وتختص بما يلى :

(أ) تصنيف وظائف الدولة وتحديد مراتبها •

(ب) دراسة الرواتب والأجور والبدلات والتعويضات •

(جـ) دراسة المؤهلات المحددة للوظائف •

(د) دراسة الباب الأول من الميزانية فيما يتعلق بالوظائف •

٨ ــ الادارة العامة لشئون الموظفين :

وتتبع نائب الرئيس وتختص بما يلى :

(أ) التدقيق والاعتراض على مخالقات الموظفين •

(ب) حفظ ملفات الموظفين •

(جـ) تسجيل مخالفات الموظفين •

(د) عمل بيانات الخدمة لعموم الموظفين والمستخدمين والتصديق على الخدمة العسكرية •

(هـ) ابداء الرأى عند التعاقد وتجديد العقد .

(و) الاعداد لاجتماعات ومؤتمرات الموظفين .

٩ ــ الادارة العامــة :

تتبع نائب رئيس الديوان وتختص بما يلى :

١ ــ اعداد ميزانية الديوان .

٢ ــ تأدية خدمات موظفى الديوان .

٣ ــ تنفيذ عمليات المناقصات والمزايدات .

٤ ــ تأدية أعمال الاتصالات الادارية والترجمة .

٥ ــ الاشراف على أعمال الصيانة والحركة والمستخدمين .

هــذا : ولمجلس الخدمة المدنية فرعــان اقليميــان بالمنطقتــين الشرقية والغربية .

الفــــرع الثــانى
الادارة المركزية التنظيم والادارة

تتولى الادارة المركزية للتنظيم والادارة تقديم المشورة لوحدات التنظيم والادارة المختلفة . فهى تساعد فى تأسيس وتنظيم وحــدات التنظيم والادارة فى الأجهزة الحكومية المختلفة وتمدها بالمساعدة الفنية لزيادة كفايتها وقدرتها على الآداء ، وتتابع أعمالها وتستخلص النتائج، كما تساعد الادارة المركزية فى تنمية كفاءة موظفى تلك الوحدات وذلك بعقد دورات تدريبية لهم ، واختيار المراجع العلمية التى تتعلق بطبيعة عمل التنظيم والادارة وللادارة المركزية للتنظيم والادارة دور هــام ذو شقين رئيسيين : ــ

(أ) تقوم بدورها كجهاز مركزى موكل اليه أعمال ومسئوليات التنظيم فى الدولة بوجه عام ولقد حدد هذا الدور القرار الصادر من صاحب السمو وزير المالية والاقتصاد رقم ١٦٢٩/١٨/١ بتاريخ ١٣٨٧/٨/٢٤ هـ •

(ب) تقوم بدورها كأداة متخصصة فى التنظيم والادارة لخدمة وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وهذا يقدم نموذجا لأعمال وحدة التنظيم والادارة تحذو حذوة الوزارات الأخرى والادارات الحكومية المختلفة وذلك بموجب قرار وزير المالية والاقتصاد رقم ١٦٣٠/١٨/١ بتاريخ ١٩٨٧/٨/٢٤ م • "

اختصاصات الادارة المركزية للتنظيم والادارة نحو جهاز الدولة ككل :

ـ تطوير الأساليب التنظيمية فى الأجهزة الحكومية المختلفة فى جميع المستويات ووضع معدلات الآداء المناسبة ونشرها للاسترشاد بها فى تنظيم هذه الأجهزة وتحديد حاجاتها من القوى العاملة •

ـ مراجعة مشروعات انشاء الاجهزة الجديدة قبل ادراجها فى الميزانية ومراجعة اعادة التنظيم أو تعديل اختصاصات الأجهزة القائمة قبل اعتمادها من السلطة المختصة •

ـ اعداد وابداء الرأى فى مشروعات الأنظمة واللوائح المتعلقة بالنواحى التنظيمية والادارية ومراجعة الأنظمة القائمة بغرض العمل على تطويرها وتنسيقها عندما يطلب اليها ذلك •

ـ التعاون مع معهد الادارة العامة فى تنسيق وعقد دورات تدريبية خاصة لموظفى التنظيم والادارة العاملين فى الوزارات والأجهزة

الحكومية واختيار المراجع العلمية التى تتعلق بطبيعة عمل التنظيم والادارة .

ـ المساعدة فى تأسيس وتنظيم وحدات التنظيم والادارة فى الأجهزة الحكومية المختلفة والتنسيق بين أعمالها .

ـ الاشتراك مع الادارة العامة للميزانية بوزارة المالية والاقتصاد فى تحليل طلبات احداث الوظائف الجديدة فى الوزارات وأجهزة الدولة الأخرى .

ـ نشر دليل عن التنظيم والادارة لأجهزة الحكومة .

ـ متابعة البحوث والتطورات الحديثة فى التنظيم والادارة لتحسين العمل وتبسيط الاجراءات .

ـ تنسيق العمل مع مصلحة الاحصاءات العامة للقيام بالدراسات اللازمة للاستفادة من استعمال الآلات المكتبية الالكترونية فى تيسير أعمال الحكومة وضمان وقتها والعمل على تنظيم وتنسيق استخدامها من قبل الأجهزة الحكومية .

ـ ابداء الرأى فى المشكلات التى تحال للادارة ومعالجتها فى ضوء مفاهيم التنظيم والادارة الحديثة .

الفرع الثالث

هيئة الرقابة والتحقيق

أنشئت هيئة الرقابة والتحقيق بالمرسوم الملكى رقم م/٧ بتاريخ ١٣٩١/٢/١ هـ بناء على قرار مجلس الوزراء الموقر رقم ١٠٢٣ فى ١٣٩٠/٢/٢٨ هـ .

وهيئة الرقابة والتحقيق تختص بالرقابة والتحقيق مع الموظفين مع عدم الاخلال بسلطة الجهة الادارية المعنية فى الرقابة وفحص الشكاوى والتحقيق فيها :

١ ــ اجراء الرقابة اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والادارية

٢ ــ فحص الشكاوى التى تحال اليها من الوزراء المختصين أو من أى جهة رسمية مختصة عن المخالفات المالية والادارية .

٣ ــ اجراء التحقيق فى المخالفات المالية والادارية التى تكشف عنها الرقابة وفيما يحال اليها من الوزراء المختصين أو من جهة رسمية مختصة .

٤ ــ متابعة الدعوى التى تحال طبقا لنظام تأديب الموظفين الى هيئة التأديب .

التنظيم الادارى لهيئة الرقابة والتحقيق :

(أولا) ــ رئيس هيئة الرقابة التحقيق :

هو المسئول عن الاشراف على أعمال الهيئة وتنظيم وادارة وتطوير أعمالها وله سلطة وصلاحيات الوزراء ورؤساء الدوائر المستقلة وله أن ينيب عنه وكلاء الهيئة أو أحدهم فى بعض صلاحياته .

ومن مهام رئيس الهيئة بالاضافة الى سلطاته فى نظام تأديب الموظفين ما يلى :

١ ــ يتم عن طريقه الاتصال بالجهات العليا والوزارات كما يتم عن طريق رئيس الهيئة احالة المعاملات والقضايا الى أجهزة الهيئة المختصة .

٢ ـ اصدار القرارات والتعليمات اللازمة لترتيب وتنظيم العمل وتحقيق التنسيق بين نشاطات أجهزة الهيئة والأجهـزة الحـكومية المختصـة والاشراف على اعداد خطط وبرامج العمل ومتابعة تنفيذها من قبل جميع العاملين فى جهاز الهيئة .

٣ ـ الاشراف على اعداد مشروع ميزانية الهيئة .

٤ ـ بحث الشكاوى واجراء التحريات واتخـاذ مايـراه فى أى مخالفة مالية أو ادارية من أى وحدة من وحدات الادارة الحكومية أو أية جهة تخضع لرقابة الدولة .

٥ ـ فحص سجلات ووثائق الوحدات الادارية كما يجـوز لـه دخول المرافق العامة وتفتيشها .

٦ ـ طلب استدعاء أى شخص بالحضور لأداء الشهادة أو تقديم وثائق تتعلق بموضوع التحقيق الذى يجريه فان كان موظفـا يكـون استدعاؤه عن طريق عمله .

٧ ـ انشاء فروع للهيئة متى اقتضت مصلحة العمل ذلك .

(ثانيا) مكاتب تتبع رئيس الهيئة مباشرة :

١ ـ مكتب رئيس الهيئة : يقوم بالأعمال المعتاد أن يقوم بهـا مكاتب الوزراء أو رؤساء الادارات المستقلة .

٢ ـ مكتب المستشارين : وهو يضم عددا من المستشارين فى مختلف التخصصات ويرأسهم كبير المستشارين .

ويختص مكتب المستشارين بالاختصاصات الآتية : ـ

(أ) دراسة الموضوعات والقضايا التى من رئيس الهيئة أو أحد الوكلاء وابداء الرأى النظامى فى (القانون) فيها .

(ب) تقديم المشورة فيما تتطلبه أعمال الهيئة من استشارات •

(ح) مراجعة القضايا المقترح حفظها •

(د) معاونة المحققين فيما قد يطلبونه من استشارات •

(ه) تمثيل هيئة الرقابة والتحقيق فى اللجان والقضايا الهامة •

(و) اعداد مشروعات التعليمات والقرارات التى يصدرها الرئيس •

(ز) اعداد قرارات الاحالة الى هيئة التأديب •

٣ — ادارة تسجيل القضايا والتقارير :

وتختص بالآتى :

(أ) الاحتفاظ بالقضايا المحالة اليها مع تصنيفها وتسجيلها ومتابعة ما يحتاج منها الى اجراءات •

(ب) قيد القضايا المحالة لهيئة التأديب بالتسلسل الرقمى فى سجل القضايا السنوى من واقع قرار الاحالة •

(ج) تزويد رئيس الهيئة ووكلائها والمستشارين بكل ما يطلب منها •

(د) اعداد بيانات احصائية عن القضايا المحالة اليها كل ستة شهور •

(ه) الاحتفاظ بصورة من كل تقرير أعد من قبل الادارات •

(ثالثا) وكيل الهيئة لشئون الرقابة (الادارية والمالية) :

هو المشرف والمسئول عن أعمال الرقابة وادارتها ويتولى تنظيم العمل وتوجيهه بواسطة المسئولين فى ادارته وتوجه اليه المعاملات

الخاصة بالرقابة لاتخاذ اللازم بشأنها • ويرفع التقارير والنتائج الى رئيس الهيئة ويمارس الصلاحيات المفوضة له من رئيس الهيئــة

كمـــا يختص :

١ ــ بوضع الاجراءات اللازمة لمراعاة السرية التامة فى الأعمال التى تتطلب ذلك •

٢ ــ الاشراف على وضع التقارير السرية والدورية عن موظفى الرقابة الدائمين والمؤقتين •

٣ ــ الاشراف على اعداد وتنظيم السجلات والبطاقات والملفات اللازمة لتنظيم العمل فى أقسام جهاز الرقابة •

٤ ــ رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة متضمنا نشاطات أقسام جهاز الرقابة وأعماله ومدى ما قد يواجهه من صعوبات واقتراح وسائل التحسين والتطوير •

٥ ــ القيام بالاختصاصات التى يكلفه بها رئيس الهيئة •

رابعا : ادارة الرقابة الادارية :

ترتبط مباشرة بوكيل الهيئة للرقابة ومع عدم الاخلال باختصاصات مجلس الخدمة المدنية والادارة المركزية للتنظيم والادارة •

تختص ادارة الرقابة الادارية بما يلى :

١ ــ الكشف عن المخالفات الادارية واتخاذ الاجراءات اللازمــة بشأنها •

٢ ــ مراقبة تفويض الصلاحيات والمسئوليات وفقا للنظم المعتمدة واللوائح المقررة الصادرة المنظمة لذلك •

٣ ـ الكشف عن المخالفات الناتجة عن التقصير فى الرقابة الداخلية فى الوحدات الادارية .

٤ ـ اقتراح وسائل لعلاج اللازمة فى حالة وقوع حوادث الاهمال أو المخالفات الادارية واحالتها للجهات المختصة .

٥ ـ التعاون مع مجلس الخدمة المدنية فى الكشف عن المخالفات الخاصة بشئون الموظفين فيما يتعلق بشرعيتها كالتعيين والترقية والعلاوات والبدلات وما فى حكمها .

٦ ـ ابلاغ الجهات المختصة عن أوجه القصور فى التنظيم التى تتكشف لها من خلال أعمالها وذلك بالاتصال بالجهات المتخصصة .

٧ ـ التعاون مع ديوان المراقبة العامة عند اكتشافه لمخالفات ادارية أثناء مباشرته لاختصاصاته المالية .

٨ ـ فحص البلاغات والشكاوى المتعلقة بالنواحى الادارية .

(خامسا) ادارة الرقابة المالية :

ترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشئون الرقابة وتختص بالكشف عن المخالفات المالية التى لا تخضع لرقابة الجهات المسئولة عن الصرف ـ وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة ـ بحيث لايكون قيامها بوظيفتها تكرارا لما تقوم به الجهتان ولتحديد الاختصاصات فتقوم الجهات الثلاث بالاتفاق فيما بينها باعداد محضر لهذا الغرض يرفع الى خادم الحرمين الشريفين رئيس مجلس الوزراء لطلب اقرارة

(سادسا) وكيل الهيئة لشئون التحقيق :

وهو المشرف والمسئول عن جهات التحقيق ويتولى تنظيم العمل

وتوجيهه بواسطة المسئولين فى ادارته وتوجه اليه المعاملات الخاصة بالتحقيق لاتخاذ اللازم بشأنها وفقا لنظام تأديب الموظفين ورفع التقارير والمذكرات والقضايا المنتهية منه الى رئيس الهيئة ، وممارسة الاختصاصات المفوضة له من رئيس الهيئة كما أن من مهامه :

كما أن وكيل الهيئة لشئون التحقيق يختص :

١ ـ الاشراف على اعداد السجلات والملفات الكفيلة بتنظيم العمل •

٢ ـ رفع التقارير السنوية عن العاملين بجهاز التحقيق •

٣ ـ رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة يتضمن منجزات أقسام جهاز التحقيق وأعماله وما يواجهه من صعوبات مع اقتراح وسائل التطوير •

(سابعا) تشكيل جهاز التحقيق :

(أ) ادارة التحقيق :

وترتبط مباشرة بوكيل الهيئة لشئون التحقيق وتختص بما يلى :

١ ـ التحقيق فى المخالفات المالية والادارية •

٢ ـ رفع نتيجة التحقيق لرئيس الهيئة مدعمة بالأسباب التى بنيت عليها الوصية اللازمة •

٣ ـ تمثيل الهيئة فى لجان التحقيق المشتركة •

٤ ـ رفع تقرير دورى كل ستة شهور الى رئيس الهيئة متضمنا نشاطات ادارة التحقيق بما تواجهه من صعوبات •

(ب) ادارة الادعاء :

وتختص بدراسة ومباشرة القضايا أمام هيئة التأديب .

(ثامنا) جهاز الادارة العامة برئاسة مدير عام :

ويرتبط المدير العام برئيس الهيئة مباشرة ويتولى الاشراف على الوحدات التابعة له .

وتسيير دفة أمورها وفقا للنظم المالية والادارية وتتبعه الوحدات الآتيـــة :

١ ـ وحدة شئون الموظفين .

٢ ـ وحدة الشئون المالية .

٣ ـ مكتب الاتصالات .

٤ ـ المستودعات والمشتريات .

٥ ـ الخدمات والاستعلامات .

الفـــرع الرابـــع

هيئـــة التـــأديب

أنشئت هيئة التأديب بمقتضى نظام تأديب الموظفين (٤) عـــام ١٣٩١ هـ ـ كهيئة مستقلة ملحقة برئيس مجلس الوزراء .

---

(٤) المرسوم الملكي رقم (م/٧) بتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ بالمصادقة على نظام تأديب الموظفين .

وتختص هيئة التأديب بالنظر فى القضايا التى تحـال اليها من هيئة الرقابة والتحقيق فى الحالات الآتية :

١ ـ اذا كانت المخالفة تستوجب الفصل •

٢ ـ اذا ارتكب الموظف مخالفة فى جهة غير التى يعمل بها •

٣ ـ اذا ارتكب عدد من الموظفين تابعين لأكثر من جهة حكومية مخالفة ادارية واحدة أو أكثر من مخالفة ولكنها مخالفات مرتبطة •

٤ ـ اذا كان الموظف قد ترك الخدمة قبل توقيع العقوبة عليه •

٥ ـ يحال المستخدمون المتهمون بارتكاب مخالفات مرتبطة بعضها ببعض فى هيئة الرقابة والتحقيق اذا كانوا عند ارتكاب المخالفـة أو المخالفات أو عند اكتشافها تابعين لأكثر من جهة أو كانوا مشتركين مع موظفين خاضعين لنظـام تأديب الموظفين ، فاذا رأت هيئة الرقـابة التحقيق أن الوقائع تستوجب العقوبة تحيل الدعوى الى هيئة التأديب

تنظر القضايا التأديبية المعروضة على هيئة التـأديب بواسـطة مجلس يشكل بقرار من الهيئة ويتكون من : ـ

ـ رئيس •

ـ عضوين •

ـ وأمين سر •

اجراءات التقاضى أمام هيئة التأديب :

١ ـ على رئيس مجلس المحاكمة حال ورود القضاة أن يحـــدد موعد لنظرها ويتولى المجلس ابلاغ المتهم وهيئة الرقابة والتحقيق بذلك على أن لا تقل الفترة بين الابلاغ وتاريخ الجلسة عن عشرة أيام •

٢ ــ على المتهم أن يحضر جلسات المحاكمة بنفسه وله أن يستعين بمحام وأن يبدى دفاعه كتابة أو شفويا وأن يطلب استدعاء الشـــهود لسماع أقوالهم •

واذا لم يحضر المتهم فعلى مجلس المحاكمة أن يمضى فى اجراءات المحاكمة بعد أن يتحقق من أن المتهم قد أبلغ ابلاغا (اعلانا) صحيحا •

٣ ــ تكون جميع الاعلانات بخطابات رسمية مسجلة ويتم ابلاغ المتهم على العنوان الثابت فى أوراق القضية أو على مقر وظيفته التى يشغلها حسب الأحوال فاذا تعذر ذلك فيعلن بواسطة النشر فى الجريدة الرسمية (أم القرى) •

٤ ــ لا تصـــح جلسات المحـــاكمة الا بحضور جميع أعضـــائه ومندوب هيئة الرقابة والتحقيق وتصدر القرارات بأغلبيـــة أصـــوات أعضاء المجلس •

٥ ــ للمتهم أو من يوكله حق الاطـــــلاع على أوراق التحقيق بحضور أمين مجلس المحاكمة وله اذن من رئيس المجلس استنســـاخ صـــور منهـــا •

٦ ــ للمتهم ولمندوب هيئة الرقابة التحقيق أن يطلبا رد أى عضو من أعضاء مجلس المحاكمة اذا كان هناك سبب يوجب الرد •

وعلى رئيس الهيئة أن يفصل فى هذا الطلب على وجه السرعة •

٧ ــ اذا رأى رئيس هيئة التأديب أن الأمور المنسوبة الى المتهم تكون جريمة تختص هيئة أخرى بالفصل فيها فعليه أن يعيد الأوراق الى هيئة الرقابة والتحقيق لتحيلها بدورها الى الجهة ذات الاختصاص مع اخطار الجهة التى يتبعها الموظف بذلك •

٨ ــ فى الأحوال التى يتقرر فيها احالة المتهم الى المحاكمة الجنائية توقف الاجراءات التأديبية بحقه الى أن يصدر حكم نهائى من الجهة المختصة وتعاد الأوراق بعد ذلك الى هيئة الرقابة والتحقيق لتقرير ما يجب ٠

٩ ــ على مجلس المحاكمة أن يصدر قراره فى القضية بأسرع وقت ممكن ويجب أن يكون القرار مكتوبا ومسببا وترسل صورة رسمية من القرار الى من صدر فى حقه والى الجهة التى يتبعها الموظف وديوان الموظفين العام وديوان المراقبة العامة وهيئة الرقابة والتحقيق ٠

١٠ ــ قرارات مجلس المحاكمة نهائية باستثناء القرارات الصادرة بفصل موظفى المرتبة الحادية عشر فما فوق أو ما يعادلها فلا تكون نهائية الا بعد التصديق عليها من رئيس مجلس الوزراء ٠

١١ ــ يجوز اعادة النظر فى القرار التأديبى فى الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى : اذا أخطأ القرار فى تطبيق النظام (القانون) أو تأويله ٠

الحالة الثانية : اذا ظهرت وقائع أو مستندات لم تكن معلومة وقت صدور القرار وكان من شأن ثبوتها براءة المتهم ٠

١٢ ــ يعرض طلب اعادة النظر على لجنة من رئيس ديوان الخدمة المدنية ورئيس هيئة الرقابة والتحقيق ورئيس هيئة التأديب ٠

فاذا تبين لها جديته يعاد النظر فى القرار بعد استئذان رئيس مجلس الوزراء فى ذلك ٠

١٣ ــ لا يترتب على اعادة النظر فى القرار وقف تنفيذه الا اذا قرر المجلس الذى يتولى النظر فى القضية ذلك ٠

١٤ ــ لهيئة التأديب أن تفسر القرار التأديبى وتصحح ما يقع فيه من أخطاء مادية ٠

الفرع الخامس

ديوان المراقبة العامة

أنشأ ديوان المراقبة العامة أو ديوان مراقبة حسابات الحكومة عام ١٣٧٣ هـ — بمرسوم ملكى باعتباره شعبة من شعب مجلس الوزراء ثم صدر مرسوم خاص بديوان المراقبة العامة عام ١٣٩١ هـ .

ويختص ديوان المراقبة العامة بما يلى :

١ — مراجعة حسابات الدخل والنفقات ضمن كل جزء من الميزانيات المخصصة لكل وزارة أو هيئة حكومية تقوم الدولة بتقديم المساعدات المالية لها كلها أو جزئيا أو تقوم بتقديم دخل للحكومة .

٢ — التأكد من سلامة القيود وصحتها من الناحية الرقمية وكذلك المستندات المتعلقة بكل من القبض والدفع .

٣ — تقديم تقرير سنوى الى رئاسة مجلس الوزراء عن كل سنة مالية فى فترة لا تتجاوز بأية حال من الأحوال اليوم الأخير من الشهر التاسع للسنة المالية .

٤ — يقدم تقارير دورية الى مجلس الوزراء يضمنها مكتشفاته فيما يتعلق بالمخالفات الصادرة عن الموظفين العاملين فى الشئون المالية وما ينجم عن ذلك من سوء استخدام الأموال الحكومية .

فديوان المراقبة العامة رقابته لاحقة وهذه رقابة علاجية تتناول حسابات الدخل والنفقات فى الوزارات والهيئات الحكومية والهيئات التى تقدم لها الحكومة مساعدات مالية (٥) .

---

(٥) الدكتور صافى امام موسى : الرقابة الادارية فى المملكة العربية السعودية بحث بمجلة الادارة العامة التى تصدر عن معهد الادارة العامة بالرياض — العدد ١٩ — يناير ١٩٧٦ — ص ١٠٧ .

والديوان المراقبة العامة فى سبيل ممارسته لاختصاصاته منح عـــدة سلطات هى :

١ ـ ارسال المراقبين والمفتشين والمحاسبين وغيرهم من الموظفين التابعين له الى مختلف الوزارات والهيئات وغيرها من المؤسسات التى تتلقى عونا أو تحقق ايرادات للدولة ، وذلك بغرض مراجعة حساباتها للتأكد من أنها تسير تبعا للتعليمات الصادرة لها •

٢ ـ طلب أية بيانات تتعلق باستلام ودفع الأموال الحكومية التى تعتبر ضرورية لآداء واجباته •

٣ ـ تحويل الشكاوى الواردة عن المديرين الماليين المقصرين الى هيئة الرقابة والتحقيق والى المشرفين المسئولين عن هؤلاء المديرين •

٤ ـ اقتراح أفضل الأساليب لمسك الدفاتر والقيود الحسابية •

التنظيم الادارى لديوان المراقبة العامة :

١ ـ رئيس ديوان المراقبة العامة :

يعين رئيس ديوان المراقبة العامة بأمر ملكى ورئيس ديـــوان المراقبة العامة يرفع تقاريره الى جلالة الملك خادم الحرمين الشريفين مباشرة •

٢ ـ نائب رئيس الديوان :

يعين نائب الديوان بأمر ملكى بناء على عرض رئيس الديـــوان المراقبة العامة •

٣ ـ مكتب الخبراء والمستشارين :

٤ ـ الادارة العامة للتفتيش :

تتولى عملية فحص ميدانى للدفاتر والسجلات وكذا جرد النقود فى خزائن هذه الهيئات بالاضافة لفحص سجلات الموظفين .

٥ ـ مدير عـام الديوان :

يرتبط برئيس الديوان مباشرة ويتـولى الاشراف على الوحدات التابعة له وتيسير دقة أمورها .

٦ ـ مكتب التقارير السنوية والحسابات الختامية :

والتقارير على نوعين :

(أ) تقارير مالية .

(ب) تقارير عن سير العمل .

٧ ـ مكتب مراقبة الادارة :

ويتفرع عنـه :

(أ) الادارة المالية .

(ب) ادارة شئون الموظفين .

(ج) الارشيف والملفات .

(د) قسم النسخ والتصوير .

(هـ) المسـتودع .

(و) الحركـة .

٨ ــ ادارة تدقيق المؤسسات والشركات :

هذا ولديوان المراقبة العامة فروع فى :

(أ) الدمــام .

(ب) مكة المكرمة .

(ج) جــــدة .

الفـــرع الســادس

ديــــوان المظــالم

منذ تولية جلالة الملك عبد العزيز الحكم فى المملكة العربية السعودية وسموه يهتم ببحث مظالم الشعب ورفع أسباب الظلم عنهم ولذا أعلن (٦) :

أن صاحب الجلالة الملك يعلن للناس كافة أن من كان له ظلامة على كائن من كان موظفا أو غيره ، كبيرا أو صغيرا ثم أخفى ظلامته فأنما اثمه على نفسه . وأن من كان له شكاية ، فقد وضع على باب دار الحكومة صندوق للشكاوى مفتاحه لدى جلالة الملك ، فليضع صاحب الشكاية شكايته فى ذلك الصندوق ، وليثق الجميع أنه لا يمكن أن يلحق المشتكى أى أذى بسبب شكايته الملحقة من أى موظف كان ويجب أن يراعى فى الشكايات ما يلى :

---

(٦) نشر اعلان صاحب الجلالة المغفور له الملك عبد العزيز بجريدة أم القرى : العدد الصادر فى ٢٦ ذى الحجة ١٣٤٤هـ الموافق ٧ يونيو ١٩٢٦م .

١ ــ ينبغى تجنب الكذب فى الشكاية ، ومن ادعى بدعوى كاذبة جوزى بكذبه •

٢ ــ لا تقبل الشكاية المغفلة من الامضاء ومن فعل ذلك عوقب على عمله •

وليعلم الناس كافة أن باب العدل مفتوح للجميع على السواء والناس كلهم ــ صغيرهم وكبيرهم ــ امامة واحد حتى يبلغ الحق مستقره •

ومع اتساع المملكة العربية السعودية وتزايد السكان أصبح من الصعب على جلالة الملك النظر فى المظالم بنفسه (٧) لذلك وفى ١٣٧٣هـ أنشئت شعبة بمجلس الوزراء باسم « شعبة المظالم » حيث ورد الباب الخامس (من أول نظام لمجلس الوزراء فى ١٢ رجب سنة ١٣٧٣ هـ) بعنوان « شعب مجلس الوزراء » •

ونصت على هذه الشعب المادة ١٩ بقولها : « يشكل لمجلس الوزراء ديوان يتألف من الشعب الآتية :

(أ) الأمانة العامة •

(ب) مراقبة حسابات الدولة •

(جـ) خبراء فنيين •

(د) المظالم •

---

(٧) الزميل الأستاذ الدكتور محمد أنس جعفر : ولاية المظالم فى الاسلام وتطبيقها فى المملكة العربية السعودية ــ دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ٦٨ •

فشعبة المظالم شعبة من شعب مجلس الوزراء ووظيفه هـــذه الشعبة كان تلقى ما يقدم الى مجلس الوزراء من شكاوى وتسجيلهـــا والتحقيق فى كل شكوى ، واعداد تقرير عنها يتضمن الاجراء المقترح اتخاذه بشأنها ، ويرفع هذا التقرير لجلالة الملك للتصرف فيه .

ثم أراد جلالة الملك أن يجعل من « شعبة المظالم » التابعة لمجلس الوزراء استقلال ذاتى فأصدر جلالة الملك المرسوم رقم ٢/١٣/٨٧٥٩ المؤرخ فى ١٣٧٤/٩/١٧ هـ باصدار نظام « ديوان المظالم فى المملكة » ونصت المادة الأولى من هذا النظام على أنه : يشكل ديوان مستقـــل باسم ديوان المظالم ويقوم بادارة هذا الديوان رئيس من درجة وزير يعين بمرسوم ملكى وهو مسؤول أمام جلالة الملك ؛ وجلالته المرجـــع الأعلى له .

وتحددت اختصاصات ديوان المظالم بما يلى طبقا المادة الثانية :

(أ) تسجيل جميع الشكاوى المقدمة اليه .

(ب) التحقيق فىكل شكوى تقدم أو تحال اليه واعداد تقرير عنها يتضمن وقائعها وما أسفر عنه التحقيق فيها والاجراء الذى يقتـــرح الديوان اتخاذه بشأنها والأسباب التى يقدم عليها الاجراء المقترح .

(جـ) ارسال هذا التقرير الى الوزير أو الرئيس المختص مـــع ارسال صورة منه الى ديوان جلالة الملك وصورة أخرى الى ديـــوان رئيس الوزراء أو الوزير المختص خلال أسبوعين من استلامه التقرير أن يبلغ الديوان بتنفيذه الاجراء المقترح أو بمعارضته له — وفى هذه

---

(٨) المـادة الثانية من المرسوم الملكى رقم ٢/١٣/٨٧٥٩ المؤرخ فى ١٣٧٤/٩/١٧هـ .

الحالة يتعين ابداء أسباب معارضته وعند ذلك يرفع رئيس الديـوان تقريره الى جلالة الملك ليصدر أمره العالى فى الأمر موضوع التقرير ، ولا يجوز للديوان أن يقترح على وزير أو رئيس مختص فرض عقوبة أو اتخاذ اجراء غير منصوص عليه فى النظم القائمة الا بأمر من جلالة الملك ــ واذا كانت الشكوى موجهة الى وزير أو رئيس مسؤول يرفع رئيس الديوان الأمر الى جلالة الملك ليصدر أمره بما يـرى اتخـاذه بشأنها •

(د) يكون لرئيس ديوان المظالم ولمن ينتدبهم من موظفى الديوان الصلاحيات الكاملة فى البحث والتعقب فى الوزارات والمصالح فى هذا الشأن واستدعاء الموظفين المسؤولين للتحقيق معهم وعنـد لـزوم الاقتضاء تفتيشهم وتفتيش منازلهم شريطة أن يراعى فى تفتيش المنازل ما قضت به الأنظمة القائمة بالنسبة لحرمة المساكن ــ وعليـه فى كل حالة اخطار الوزير أو الرئيس الذى ينتمون اليه وعلى الجهات الرسمية والأهلية معاونة الديوان فى الاجراءات التى يراها كفألة لاظهار الحقيقة وتحديد المسئولية •

ويختص ديوان المظالم بلاختصاصات متنوعة ورد بعضهـا فى المرسوم الملكى الخاص بانشاء الديوان ، وورد البعض الآخـر فى مراسيم تتعلق بتنظيم مسائل أخرى (٩) ويقسم الزميل الدكتور محمد أنس قاسم اختصاصات الديوان الى :

---

(٩) راجع فى الاختصاصات المختلفة مؤلف الزميل الأستاذ الدكتور أنس قاسم جعفر : ولاية المظالم فى الاسلام وتطبيقها فى المملكة العربية السعودية ــ دار النهضة العربية ١٩٨٧ ــ ص ٨٦ وما بعدها •

(أولا) الاختصاصات التى تدخل فى مجال القضاء الادارى :

نصت المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم على أن يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتى :

(أ) الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة فى نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفى ومستخدمى الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم ٠

(ب) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن بالطعن فى القرارات الادارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو اساءة استعمال السلطة ٠

ويعتبر فى حكم القرار الادارى رفض السلطة الادارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقا للانظمة واللوائح ٠

(ج) دعاوى التعويض الموجهة من ذوى الشأن الى الحكومة والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها ٠

(د) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن فى المنازعات المتعلقة بالعقود التى تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها ٠

(هـ) الدعاوى التأديبية التى ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق ٠

(ثانيا) اختصاصات تدخل فى مجال القضاء الجنائى وهى :

رغم أن المادة الأولى من نظام ديوان المظالم الحالى على أن

الديوان هيئة قضاء ادارى مستقلة الا أن لديوان المظالم إختصاصات تدخل فى مجال القضاء الجنائى وهى :

(أ) الدعاوى الجزائية الموجهة ضد المتهمين بارتكاب جـــرائم التزوير (١) •

(ب) الجرائم المنصوص عليها فى نظام مكافحة الرشوة وقد تدخل ولى الأمر فى المملكة العـــربية السعودية وأصدر مرسوما ملكيا يجرم فيه الرشوة لمرسوم الملكى رقم ١٥ بتاريخ ١٣٨٢/٣/٧ وصدر هـــذا المرسوم تصديقا لقرار مجلس الوزراء رقم ١٤٤ المؤرخ ١٣٨٢/٢/٢٩هـ

(جـ) الجرائم المنصوص عليها فى المرسوم الملكى رقم ٤٣ بتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩ هـ •

وهذه الجرائم متنوعة ومتعددة وهى :

---

(١٠) تدخل جرائم التزوير فى نطاق الجرائم التعزيرية التي يختص أول الأمر بوضع العقوبة المناسبة لها • لذلك صدر المرسوم الملكي رقم ١١٤ بتاريخ ١٣٨٠/١١/٢٦ المعدل بالمرســوم الملكى رقم ٥٣ الصـــادر بتاريخ ١٣٨٢/١١/٥هـ المتعلق بجرائم التزوير ويدخل فى نطاق التزوير المعاقب عليه نظاما :

– جرائم تقليد أو تزوير الأختام والتوقيعات الخاصة بجلالة الملك أو رئيس مجلس الوزراء أو أختام الدولة الرسمية •

– جرائم تقليد أو تزوير أحد الأختام الخاصة باحدى الدوائر العامة

– جرائم تقليد أو تزوير بعض الأوراق وصناعة أو حيازة الأدوات الخاصة بالتقليد •

– جرائم تزوير المحررات •

أ ــ عدم جواز اشتغال الموظف بالتجارة أو المهن الحرة دون اذن من السلطة المختصة .

٢ ــ عدم جواز قبول الهدايا والاكراميات من الافراد بقصد الاغراء من أرباب المصالح .

٣ ــ التحكم فى المواطنين والاعتداء على حقوقهم المشروعة .

٤ ــ التلاعب بالأنظمة والأوامر والتعليمات ، وبطرق تنفيذها .

٥ ــ عدم جواز استغلال ابرام العقود الادارية لتحقيق مصلحة شخصية .

٦ ــ عدم جواز استغلال جهود الأفراد والموظفين بأجور ورواتب صورية أو مفتعلة لفائدة شخصية .

٧ ــ عدم جواز استعمال المعلومات الرسمية لاستغلال العملة وتحقيق ارتفاع أو هبوط سعر صرفها وتبديلها .

٨ ــ عدم جواز اساءة المعاملة أو الاكراه باسم الوظيفة كالتعذيب أو القسوة أو سلب الحريات الشخصية .

٩ ــ عدم جواز دخول المنازل فى غير الحالات التى نصت عليها الأنظمة المختلفة .

١٠ ــ عدم جواز الاكراه على الاعارة أو الاجارة أو البيع أو الشراء .

١١ ــ عدم جواز تحصيل ضرائب تزيد على المقادير المستحقة أو المفروضة .

(د) الجرائم المنصوص عليها فى نظام مباشرة الأموال العامة :

وردت جرائم الأموال العامة بالمرسوم الملكى رقم ٧٧ الصادر فى

٢٣/١٠/٩٥هـ والمعدل بالمرسوم الملكى رقم ٥ الصادر فى ١٤/٤/١٤٠٠هـ بشأن نظام وظائف مباشرة الأموال العامة العقوبات المقررة فى حالة الاختلاس أو تبديد هذه الأموال أو التصرف فيها دون وجه حق ، وينطبق هذا النظام على كل من يشغل احدى الوظائف العامة التى تتعلق بمباشرة حفظ الأموال النقدية والأعيان المنقولة والطوابع والأوراق ذات القيمة كما يطبق هذا النظام على أمناء الصناديق ومأمورى الصرف ومحصلى الأموال العامة وأمناء المخازن .

ثالثا ــ اختصاصات أخرى متفرقة تضمنتها الأنظمة المختلفة :

نص نظام ديوان المظالم على اختصاصات أخرى هى :

(أ) طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية (م/٨/ز) :

الصادرة من محاكم احدى الدول الأجنبية . ومهمة ديوان المظالم تتلخص فى التحقق من صحة الحكم واتباع المحكمة التى أصدرته للاجراءات اللازمة ، وأن الحكم جائز بقوة الأمر المقضى به .

ويلاحظ أن المملكة العربية السعودية وقعت الاتفاقية العربية لتنفيذ الأحكام الأجنبية فى ٢٣ مايو ١٩٥٣م وتنفيذا لها صدر قرار مجلس الوزراء السعودى رقم ٢٥١ بتاريخ ٢٨/١٢/١٣٧٩هـ والذى تضمن النص على أن السلطة المختصة التى ترفع اليها طلبات تنفيذ الأحكام هى « ديوان المظالم » .

وقد حددت المادة ٣٠ من الاتفاقية العربية الحالات التى يتعين فيها رفض الاعتراف بالحكم :

١ ــ اذا كان الحكم مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة .

٢ ـ اذا كان الحكم غيابيـا ، ولم يعلن الخصـم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم باعلانا صحيحا يمكنه الدفاع عن نفسه ٠

٣ ـ اذا كان الحكم لم يراع قواعد قانون الدولة المطلوب الاعتراف به والخاصة بالتمثيل القانونى للأشخاص عديمى الأهلية أو ناقصيها ٠

٤ ـ وجود حـكم سـابق حائز لقـوة الأمر المقتضى به فى نفس الموضوع ٠

٥ ـ وجود دعوى منظورة أمام محـاكم الدولة المطلوب منهـا الاعتراف بالحكم عن نفس النزاع ٠

(ب) الدعاوى التى من اختصاص الديوان بموجب نصوص نظامية خاصة

١ ـ القضايا المتعلقة بالمقاطعة الاسرائيلية تنفيذا للمرسـوم الملكى رقم ٢٨ الصـادر فى ١٣٨٢/٦/٢٥هـ بنظـام مقاطعة اسرائيل وينظرها هيئة مكونة من رئيس ديوان المظـالم أو نائبه ومستشـار حقوقى من ديوان المظالم ومستشار حقوقى من مجلس الوزراء لنظـر القضايا الناشئة عن مخالفة النظام ٠

٢ ـ الدعاوى المتعلقة بقضايا المؤسسـات الأجنبية طبقا لنظام استثمار المـال الأجنبى الصادر بالمرسـوم الملـكى رقم ٣٥ بتاريخ ١٣٨٣/٩/١١هـ حيث تنص المادة ١٢ منه على أنه « على كل منشأة رخص لها بمقتضى هذا النظام ، خالفت أحكامه ينذرها وزير التجارة والصناعة باتباع هذه الأحكام فى خلال المدة التى يعينها فاذا لم تستجب المنشأة لهذا الانذار جاز للوزير بناء على توصية اللجنة المشار اليها فى المـادة الخامسة سحب الرخصة الممنوحة لها أو تصفيتها على أنه يجوز التظلم الى ديوان المظالم من قرار سحب الرخصة أو التصفية فى مدة شـهر

واحد من تاريخ صدوره ويكون حكم ديوان المظالم فى هذا الشأن باتا ونهائيـا .

٣ ــ بحث تظلمات الأشخاص الذين تقرر منعهم من التعامل مع الهيئات العامة ذلك تطبيقا للمرسوم الملكى رقم م/٦ بتاريخ ٢٤ صفر ١٣٨٦هـ .

٤ ــ النظر فى طلبات التعويض المقدمة من المقاولين مع الجهـات الحكومية والتى يستند فيها المقاولون على حدوث تقصـير من الجهة الحكومية ينتج عنه الحاق خسارة أو ضرر بالمقاول وذلك تطبيقا لقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦هـ الذى يقضى بأن يوكل النظر فى هذه القضايا الى ديوان المظالم وتكون قراراته نهائية بعد اعتمادها من رئيس الديوان .

٥ ــ النظر فى المنازعات التجـارية التى كانت تختص بها هيئات حسم المنازعات التجارية . صدر مرسـوم ملكى فى ٢٩ شـوال ١٤٠٧ بالغاء المادة ٢٣٢ من نظام الشركات الصادرة بالمرسوم رقم م ــ ٦ بتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥هـ ونقل اختصاص هيئات حسم المنازعات التجارية المنصوص عليها فى النظم والقرارات بما فيها المنـازعات المتفرعة عن تطبيق نظام الشركات وتوقيع العقوبات المنصوص عليها فيه ابتداء من بداية السنة المـالية ١٤٠٨/١٤٠٩هـ الى ديوان المظالم كما تضـمن المرسوم الصادر فى ٢٩ شوال ١٤٠٧هـ ضرورة احالة دفاتر الهيئات وسجلاتها والملفات التى بحوزة هيئات حسـم المنازعات التجارية الى ديوان المظالم .

وعلى هذا أصبح ديوان المظالم هو صاحب الاختصاص العام فى المنازعات التجارية ابتداء من السنة المالية ١٤٠٨ ــ ١٤٠٩هـ .

٦ ــ الاشتراك فى العديد من اللجان والمجالس منها :

(أ) الاشتراك فى التحقيق مع العاملين بسلك التدريس تطبيقا لقرار مجلس الوزراء رقم ٢٣٢ بتاريخ ١٣٧٧/٥/٢٥ .

(ب) اشتراك فى مجالس التأديب الخاصة بمحاكمة ضباط الأمن الداخلى برتبة لواء أو فريق تطبيقا لنص المادة ١٣٢ من نظام قوات الأمن الداخلى الصادرة بالمرسوم الملكى رقم ٣٠ بتاريخ ١٣٨٤/١٢/٤هـ

(جـ) الاشتراك فى اللجنة الثلاثية التى تختص بالنظر فى التحقيق فى الشكاوى التى تقدم ضد الموظفين المختصين بتطبيق قانون العمل السعودى بسبب وظيفتهم .

(د) الاشتراك فى اللجان الخاصة بمحاسبة الموظفين عن مصادر ثرواتهم وثروات أسرهم تنفيذا للمرسوم الملكى رقم ١٦ بتاريخ ١٣٨٢/٣/٧هـ .

ــ هذا ويجب على رئيس ديوان المظالم أن يرفع الى جلالة الملك كل ستة أشهر تقريرا مفصلا عن أعمال الديوان خلال هذه المدة متضمنا ما أسفرت عنه التحقيقات من مسؤوليات على الجهات الحكومية المختلفة وموظفيها وما يقترحه الديوان من اجراءات كفيلة بتقويم أموره . ويرسل الديوان صورة من هذا التقرير الى رئيس مجلس الوزراء . والزم المرسوم الملكى رقم ٨٧٥٩/١٣/٢ المؤرخ فى ١٣٧٤/٩/١٧هـ باصدار نظام ديوان المظالم بأنه يجب على رئيس ديوان المظالم انشاء سجل عام للمظالم ترصد فيه البيانات الآتية :

(أ) التاريخ الذى ترد فيه الشكوى .

(ب) النتيجة التى انتهى اليها الديوان .

(جـ) تاريخ الكتاب المرسل به تقرير الديوان الى الوزير أو الرئيس المختص .

(د) تاريخ الكتاب المرفوع به التقرير النهائى الى جلالة الملك .

(ه)أأمر جلالة الملك فى الشكوى .

التنظيم الادارى لديوان المظالم

المركز الرئيسى لديوان المظالم : هو فى مدينة الرياض .

ويوجد فرع لديوان المظالم : فى مدينة جدة .

ويجوز انشاء فروع أخرى له فى أنحاء المملكة حسب اللزوم .

ويتألف ديوان المظالم من :

(أ) رئيس ديوان المظالم : وهو المشرف الأعلى على أعمال الديوان. وهو المرجع فيما يصدر منه الى مختلف الوزارات والمصالح والجهات الأخرى وكل ما يصدر من مكاتبات تكون بتوقيعه أو من ينيبه وهو الذى يوزع الأعمال على موظفيه كل ضمن اختصاصه المنصوص عليه فى النظام الداخلى لديوان المظالم .

(ب) نائب الرئيس (وكيل الديوان حاليا) : نائب الرئيس يعاون الرئيس فى ادارة ديوان المظالم فى حدود الصلاحيات المخولة له فى المرسوم الملكى الصادر بتعيينه وينوب عن الرئيس ويقوم بجميع صلاحياته عند غيابه . ويساعده فى الأعمال التى يكلفه بها ويترأس لجنة تدقيق القضايا .

(ج) مدير عام الديوان : يشرف على أعمال ديوان المظالم الادارية والحسابية وعلى مراسلاته مع الوزارت والدوائر الأخرى ويوزع الأعمال تحت اشراف الرئيس على المحققين بطريقة تكفل تحقيق المصلحة العامة .

ويراقب أمناء السر والكتاب والمستخدمين ويوزع الأعمال بينهم بمعرفة نائب الرئيس (وكيل الديوان حاليا) ويشرف على كل ما يمتلكه الديوان •

(د) المستشارون (مستشار شرعى + مستشار قانونى) المستشارون الشرعيون والمستشارون القانونيون بالأعمال التى يكلفه كل منهم بها الرئيس •

ويجيب المستشار على الاستيضاح الذى يوجه إليه من قبل الرئيس أو نائبه ويساعد المحققين فى الأمور العلمية والفنية الداخلة فى تخصصه ويكون كل منهم عضوا فى لجنة تدقيق القضايا •

(هـ) المحققين (الشرعيين والقانونيين والماليين والفنيين •• وغيرهم بحسب اللزوم) •

يتولى كل محقق بالتحقيق فى القضايا التى تحال اليه فى حدود الصلاحيات المنصوص عنها فى نظام الديوان الأساسى وفى النظام الداخلى للديوان داخل الديوان فقط أما خارجه فلابد من أخذ تحويل من الرئيس أو نائبه (وكيله) — وبعد أن ينهى تحقيقاته وينظم تقريره ويبين ما يقترحه من تدابير فى نطاق ما هو منصوص عليه فى نظام الديوان الأساسى وفى هذا النظام ويقدمه بواسطة الادارة الى لجنة تدقيق القضايا •

(و) أمناء السر والكتاب : يقوم كل منهم بحسب اختصاصه — بالأعمال الكتابية وتسجيل الشكاوى بسجلاته المخصوصة وتهيئة الرسائل وحفظ صورها وكذلك يتلقى كل منهم بحسب اختصاصه ما يرد الى الديوان من رسائل وخلافها بتسجيلها حسب الأصول ويقوم كل منهم بكل ما يكلف به من أعمال عن طريق مدير عام ديوان المظالم •

(ز) لجنة تدقيق القضايا : تتألف هذه اللجنة من نائب الرئيس رئيسا ومن كل من المستشـــار الشرعى والمستشـــار القانونى عضـــوا بالاضافة الى من يرى انتدابه من المحققين للعضوية عند اللزوم ومن أمين السر للقيام بأعمال الكتابة فيه •

وتبحث لجنة تدقيق القضايا فى تقارير المحققين بعد دراســـتها ـــ فتوافق على ما جاء منها عادلا وموافقا للأصول الفرعية وتقدمه بتقرير منها الى رئيس الديوان لاجراء الايجاب وتعيـــد ما ترى أن التحقيق فيه ناقصا الى المحقق نفسه لاكماله حســبما يتراءى لها ـــ وأما اذا رأت أن ما استنتجه المحقق من التحقيق الذى أجراه لم يكن صـــائبا أو مخالفا للأصول المرعية لا تتقيد به وأن تضمن تقريرها الذى سترفعه الى الرئيس ما تراه محققا للعدل وموافقا للاصول ولها أن تدعو المحقق للاستيضاح منه عن بعض الأمور التى ترى لزوما لايضـــاحها ويكون قرارها بالاجماع أو بالأكثرية وعلى المخالف أن يوضح مخالفته (لرأى المخالف لرأى الأكثرية) فى ذيل التقرير(١١) •

دكتور فتوح محمد عثمان

---

(١١) اعتمادا على قرار رئيس ديوان المظالم بالنظام الداخلى للديوان

من مبررات عزل القاضي

في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

الدكتور سيد عبد الرحمن محمد الشقيرى
مدرس قانون المرافعات بالكلية

الحمد لله الذى لا معقب لحكمه ولا راد لقضائه ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم الأنبياء وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعـــد :

فعلى الرغم من ضعف المستوى الذى أعانى منه ، وقلة بضاعتى التى أنزل بها ساحة المعرفة ، وقلة اطلاعى وشتات أفكارى ، جال فى خاطرى وبدت لى رغبة أن أشارك زملائى أعضاء هيئة التدريس بكلية الشريعة والقانون بأسيوط فى اصدار مجلة الكلية العلمية فى عددها الثامن ١٤١٠هـ ــ ١٩٩٠م .

وقد استعنت بالله ، وكتبت بحثى هذا فى بعض المبررات التى تدعو الى عزل القاضى فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، مع اشارة موجزة لمعنى العزل ودليل مشروعيته ، محاولة منى فى ابراز بعض ما تضمنته كنوز شريعتنا الغراء ، ومدى اهتمام فقهاء الشريعة الاسلامية بالشخص الذى يتولى فصل المنازعات بين الناس .

وابعاد أى قاض من هذه الولاية تحوم حوله شائبة من الشوائب التى تطعن فى صلاحيته الكاملة وأهليته المطلوبة لهذا المنصب الجليل . حسبى فى ذلك كله قوله ــ تعالى ــ : « ومن يتوكل على الله فهو حسبه ان الله بالغ أمره »(١) .

---

(١) جزء من الآية ٣ سورة الطلاق .

فان كنت قد وفقت فى هذا العمل ، فالفضل لله أولا وأخيرا ، وان كانت الأخرى فذلك جزاء ما قدمت يداى طالبا من الله العفو والسماح .
والله الموفق .

خطة البحث :

قسمت بحثى هذا الى مبحثين :

ـ المبحث الأول : معنى العزل ودليل مشروعيته فى الفقه والقانون وقسمت هذا المبحث الى مطلبين :

ـ المطلب الأول : معنى العزل فى اللغة والاصطلاح .

ـ المطلب الثانى : دليل مشروعية العزل .

ـ المبحث الثانى : بعض المبررات التى تدعو الى عزل القاضى فى الفقه والقانون .

وهذا المبحث أوردته فى أربعة مطالب كما يلى :

ـ المطلب الأول : فسق القاضى واخلاله بواجبات وظيفته كمبرر لعزله .

ـ المطلب الثانى : مرض القاضى أو عجزه كمبرر لعزله .
ـ المطلب الثالث : عزل الامام للقاضى وعدم كفاءته كمبرر لعزله .
ـ المطلب الرابع : عزل القاضى لنفسه أو استقالته بارادته كمبرر لعزله .

ـ نتائج البحث : وتضمنت أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الاسلامى وقواعد القانون الوضعى .
المراجع .

المبحث الأول

معنى العزل ودليل مشروعيته فى الفقه الاسلامى

المطلب الأول

معنى العزل

أولا : العزل فى اللغة :

العزل فى اللغة معناه صرف الماء عن المرأة حذرا عن الحمل(١) ، ومنه عزل الشيء يعزله عزلا ، وعزّله فاعتزل وانعزل ، وتعزل : نحاه جانبا فتنحى ، ومنه عزله عن العمل أى نحاه فعزل(٢) .

وقيل العزل معناه البعد ، وقيل معناه : التنحية والافراز ، وقال الأزهرى : العزل عزل الرجل الماء عن جاريته اذا جامعها لئلا تحمل(٣) .

وقيل معناه : الاخراج ، ومنه عزلت النائب كالوكيل اذا أخرجته عما كان له من الحكم فعزل(٤) .

---

(١) التعريفات للفاضل على بن محمد الشريف الجرجانى ص ١٥٥ مطبعة ساحة الرياض ، لبنان ــ ١٩٨٥م .

(٢) لسان العرب لابن منظور ج ٤ ص ٢٩٣٠ وما بعدها ــ طبعة دار المعارف . ومعه القاموس المحيط ج ٤/ ص ١٥ الحلبى للفيروزابادى

(٣) تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محب الدين محمد مرتضى الحسينى الزبيدى ج ٨ ص ١٤ ــ طبع المطبعة الخيرية بالجمالية ١٣٠٦هـ .

(٤) المصباح المنير للفيومى ج ٢ ص ٤٠٨ المطبعة العلمية ــ بيروت ــ لبنان .

ثانيا : العزل في الاصطلاح :

لم أعثر فيما اطلعت عليه من كتب فقهيــة حديثة أو قديمة على تعريف لعزل القاضى من ولاية القضاء ، ولكن تأسـيا بما جاء بالمعنى اللغوى قد قمت بوضع تعريف له مؤداه :

عزل القاضى معناه : ابعاد القاضى من ولاية القضاء بعد أن كان متوليا لها ، لمبرر يقتضى ذلك ◆

شرح التعريف :

معنى العزل أى الابعاد أو البعد ، من القيام بهذه المهمة بعـد أن كان متمكنـا منهـا ، ومنـه قوله ــ تعالى ــ : « انهم عن السـمع لمعزولون »(٥) أى ممنوعون بعد أن كانوا يمكنون من ذلك ◆

وقولنا « بعد أن كان متواليا لها » دليل على أنه كان أهلا لهـا قبل الابعاد ، ثم زالت هـذه الأهلية بابعـاده ، وأنه لا عزل الا بعد ممارسة وتول ◆

فاذا لم يمارسها بالفعل ، فلا يعد ابعاده عزلا ، لأنه لم يقترب حتى يبتعد ◆

وقولنا « لمبرر يقتضى ذلك » فهذا دليل على أن العزل لا يكون الا لسبب يقتضيه والا كان تعسفا وجورا ، وفى هذا المعنى يذكر الامام الحلبى ــ رضى الله عنه ــ الولاية متى استقرت شرعا فلا تـزول تشهيا (٦) ، أى بدون مبرر ◆

---

(٥) سورة الشعراء الآية ٢١٢ ◆

(٦) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للحلى ج ٤ ص ٧١ طبعة دار الأضواء طبعة ثانية ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م ــ تحقيق عبد الحسين محمد على ◆

والمبرر هو سبب العزل ، سواء كان المبرر راجعا الى فعل القاضى نفسه ، كعزلة بارادته أو فسقه ، أو كان المبرر بسبب لا دخل له فيه ، كالمرض والعجز .

" المطلب الثـــانى "

دليل مشروعية العزل فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

أولا ـــ فى الفقه الاسلامى :

استدل فقهاء الشريعة الاسلامية على مشروعية عــزل القاضى ، اذا كان هناك مبرر لعزله بالآتى :

(أ) فعل النبى ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ حينما عزل الامــام عليا ـــ كرم الله وجهه ـــ من قضاء اليمن فى حجة الوداع (٧) .

(ب) الأثر المروى عن عمر بن الخطاب ـــ رضى الله عنه ـــ أنــه قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا اذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة ، وولى كعب بن سور مكانه (٨) .

وعزل عمر شرحبيل فقال : أعن سخط يا أمير المؤمنين . فقــال : لا ، ولكن وجدت من هو أقوى منك ، قال : ان عزلك لى عيب فأخبر الناس بعذرى ففعل (٩) .

---

(٧) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٣٦ .

(٨) استقلال السلطة القضــائية ـ رســالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق عين شمس من يسن عمر يوسف ـ ص ٣٧٦ فى سنة ١٩٨٤م .

(٩) بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى جـ ٢ ص ٣١٠ ـ المكتبة التجــارية . ـ شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٧ ص ١٣١ مطبعــة محمد أفندى بمصر .

ومن لم يعزله عمر عزله عثمان بعده (١٠) .

(ج) وقد عزل الامام على ـ كرم الله وجهه ـ أبا الأسود ، فقال: لم عزلتنى وما خنت وما جنيت . فقال : انى رأيتك كلامك يعلو على كلام الخصمين (١١) .

وكذلك ما روى عن مسلم بن مخلد أنه عزل سليم بن عتر قاضى مصر (١٢) .

فهذه الوقائع والآثار تدل على مشروعية عزل القاضى ، اذا ماكان هناك مبرر لعزله تحقيقا لمصلحة المسلمين ، ومنفعتهم .

ثانيا ـ فى القانون الوضعى :

تعددت النصوص التى أوردها المشرع الوضعى ، فى قانون السلطة القضائية التى تبرر عزل القاضى اذا كان هناك مبرر لعزله .

من هذه النصوص :

م ٦٩ سلطة قضائية ونصها « ... لا يجوز أن يبقى فى وظيفة القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره ستين سنة ميلادية » .

م ٢/٧٠ تعتبر استقالة القاضى مقبولة من تاريخ تقديمها لوزير العدل ، اذا كانت غير مقرنة بقيد أو معلقة على شرط » .

---

(١٠) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقييده ـ دكتوراه مقدمة لحقوق القاهرة من عبد العزيز القاسم ص ١٣٥ .

(١١) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ تحقيق / محمد سالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ـ نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(١٢) مدى حق ولى الأمر ـ الرسالة السابقة د. عبد الرحمن عبد العزيز القاسم ص ١٣٦ .

م ٧٢ « لا يجوز للقاضى القيام بأى عمل تجارى ، كما لا يجوز له القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته » •

م ٩١ ونصها « اذا لم يستطع القاضى بسبب مرضه ، مباشرة عمله بعد انقضاء الأجازات المقررة فى المادة السابقة ، أو ظهر فى أى وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيام بوظيفته على الوجه اللائق فانه يحال الى المعاش بقرار جمهورى ••• » •

م ١١١ « اذا ظهر فى أى وقت أن القاضى فقد أسباب الصلاحية لولاية القضاء لغير الأسباب الصحية يرفع طلب الاحالة الى المعاش أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل ••• »(١٣) •

فهذه النصوص التشريعية الواردة فى القانون تقرر عزل القاضى باحالته للمعاش أو نقله الى وظيفة أخرى غير قضائية ، اذا ما توافر فى حقه مبرر من المبررات المنصوص عليها والتى يفقد بسببها أهليته لمباشرة هذه الوظيفة •

---

(١٣) نصوص المواد ٦٩ ، ٧٠ ، ٧٢ ، ٩١ ، ١١١ من تشريعات السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م •

" المبحث الثـــانى "

مبررات عزل القاضى فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

" المطلب الأول "

فسق القاضى واخلاله بواجبات وظيفته كمبرر لعزله فى الفقه والقانــون

أولا ـ فى الفقه الاسلامى :

ضابط الفسق :

عرف بعض الفقهاء الفسق المانع من تولية القضاء بأنه : الفسق المتمثل فى ارتكاب المحرمات المتفق عليها ، أو التى يعتقدهـا المكلف حراما ، ويرتكبها تتبعا لشهوات نفسه ·

يفهم من هذا التعريف ، أن الفسق ينافى العدالة ، فاذا تحقق الفسق انتفت العدالة التى يجب أن يتحلى بها القاضى ، فى ممارسته لوظيفة القضاء بين الناس ، الأمر الذى حدا بفقهاء الشريعة الاسلامية، الى القول بضرورة عزل القاضى اذا ولى مستكملا لصفة العدالة ، ثم زالت عنه هذه الصفة أثناء الولاية بالاتفاق ·

ومع ذلك اختلف الفقهاء فيما بينهم فى كيفية عـــزل القــاضى بالفسق · هل يعزل بنفس الفسق أى بمجرد ظهوره على القاضى ؟ أو أنه يستحق العزل ، ولكن لا يتم العزل الا بصدور القرار ممن لــه الحق فى عزله ؟ رأيان :

---

(١) أدب القضــاء لابن أبى الدم ص ٧٢ ـ تحقيق محمد مصــطفى الزحيلى ـ طبعة دار الفكر ·

الرأى الأول :

يرى أنصاره أن القاضى اذا طرأ عليه الفسق ، يستحق العزل ، لكنه لا يعزل الا بصدور قرار العزل من الامام الذى يتمتع بهذا الحق ، استنادا الى أن الحاكم الأعلى له حق التولية وله حق العزل ، باعتباره صاحب العقد ، وصاحب الحل(٢) .

وقد أورد الفقهاء من أنصار هذا الرأى العديد من النصوص المفيدة لذلك ، من هذه النصوص :

جاء فى فقه المالكية :

« لا ينعزل القاضى بالفسق حتى يعزله السلطان وأحكامه نافذة » (٣) .

« ويعزله الامام بالفسق لزوال وصفه » (٤) .

---

(٢) أهلية القاضى ونزاهته فى الفقه الاسلامى د. عبد الرحمن عبد القادر ص٨١ مذكرات على الاستنسل .

ـ درر الغواص فى محاضرة الخواص لابن فرحون ص ٢٩٤ تحقيق محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ ـ طبع المطبعة العتيقة بتونس .

ـ فتح الوهاب للأنصارى جـ ٢ ص٢٠٨ .

ـ نهاية المحتاج للرملى جـ ٨ ص ٢٥٤ .

ـ بلغة السالك جـ ٢ ص ٤٠٤ .

ـ درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو ـ جـ ٢ ص ٤٠٤ .

ـ حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٦٣ .

ـ فتح القدير على الهداية جـ ٧ ص ٢٥٤ .

(٣) درة الغواص فى محاضرة الخواص ـ ص٢٩٤ .

(٤) بلغة السالك جـ ٢ ص ٣٠٦ .

فى الفقه الشافعى :

« اختلف الأصحاب اذا فسق هل ينعزل بنفس الفسق أم لا ؟ وجهان (٥) .

« وفى عزله بالفسق وجهان والعزل أرجح » (٦) .

فى الفقه الحنفى :

« وان كان عدلا ففسق بأخذ رشوة يستحق العزل لوجود سبب الاستحقاق » (٧) .

وسبب العزل عدم ائتمان الناس على حقوق الناس .

« ولو كان عدلا ففسق بأخذ رشوة استحق العزل » (٨) .

وجاء فى البدائع « اختلف فقهاء الحنفية فى عزل القاضى بالفسق بأخذ الرشوة مثلا ، فذهب بعضهم الى القول بأنه لا ينعزل ، لكنه يستحق العزل » (٩) .

الرأى الثانى :

القاضى اذا ولى القضاء متمتعا بصفة العدالة ، ثم طرأ عليه

---

(٥) أدب القضاء لابن أبى الدم ـ تحقيق الزحيلى ص ٧٣ .
(٦) نهاية المحتاج للرملى جـ ٨ ص ٤٤٥ .
ـ روضة الطالبين للنووي ـ ص ١٢٦ .
(٧) درر الحكام شرح غرر الأحكام ـ جـ ٢ ص٤٠٤ .
(٨) حاشية ابن عابدين ـ جـ ٥ ص ٣٦٣ .
ـ شرح فتح القدير ـ جـ ٧ ص ٢٥٤ .
(٩) بدائع ـ جـ ٧ ص ١٦ ، الاختيار لتعليل المختار للموصلى جـ ٢ ص ١١٣ .

الفسق ينعزل بمجرد ظهور الفسق عليه ، دون انتظار لصدور قــرار بالعزل من الامام •

وهذا ما رآه بعض المالكية(١٠) فى الاتجاه الثانى ــ والرأى الثانى لبعض الحنفية(١١) والراجح عند الشافعية(١٢) ، وبعض الامامية(١٣)، وبعض الزيدية (١٤) ، والحنابلة (١٥) •

وقد احتج أنصار هذا الرأى بأن القاضى اذا فسق بعد أن كان عدلا ، يكون قد فقد شرط التولية الذى ولى على أساسه ، وبذلك تزول أهليته للقضاء ، وبزوالها تزول صفة القاضى ، دون حاجة الى صدور قرار بزوالها (١٦) •

وقد أورد أنصار هذا الرأى العديد من النصوص المؤيدة لرأيهم، من هذه النصوص :

فى الفقه المالكى :

جاء فى تبصرة الحكام « اذا ظهر عليه الفسق بعد ولايته انفسخ عقده وولايته » (١٧) •

---

(١٠) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ •
(١١) درر الحكام ــ ج ٢ ص ٣٠٤ ، شرح فتح القدير ج٧ ص٢٥٤
(١٢) أدب القضاء ــ السابق ــ ص ٧٣ ، فتح الوهاب ج ٢ص٢٠٨ ــ فتح المعين ــ ص ١٣٩ •
(١٣) شرائع الاسلام للحلى ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١ •
(١٤) عيون الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار لابن المرتضى ص ٤٧١ •
(١٥) المغنى ج ٩ ص ١٠٤ ،منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ •
(١٦) أهلية القاضى ونزاهته ــ ص ٨٢ د• عبد الرحمن عبدالقادر
(١٧) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ •

فى الفقه الحنفى :

جاء فى شرح فتح القدير « اذا ولى عدلا ثم فسق انعزل ، لأن عدالته فى معنى المشروطة فى ولايتـه ، لأنه حين ولاه اعتمد عدالته ، فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها » (١٨) .

وجاء فى البدائع « أن الامام بعد عزله للقاضى الفاسق يعززه ، لأن الذى ولاه ما رضى به الا عدلا » (١٩) .

وجاء فى الروضة « ينعزل اذا فسق وخرج عن الصـــفة التى يصلح بها أن يكون قاضيا » (٢٠) .

فى الفقه الشافعى :

جاء فى حاشية البيجرمى مانصه « وينعزل القاضى بالفسق»(٢١)

وجاء فى أدب القضاء « اختلف الأصحاب فى القاضى اذا فسق ، هل يعزل بنفس الفسق أم لا ؟

وجهان أصحهما ينعزل بمجرد فسقه ، ولم ينفذ حكمه ـ أيضا ـ ، ويحرم عليه والحالة هذه أن ينصب نفسه للحكم ، ويحكم بين اثنين ، ويجب رفع حالة السيئة الى ولى الأمر ليولى على المسلمين عـــدلا غيره » (٢٢) .

---

(١٨) شرح فتح القدير على الهداية ـ ج ٧ ص ٢٥٤ .
(١٩) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦ ، معه الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ١١٣ .
(٢٠) روضة القضاة للسمنانى ـ تحقيق صلاح الناهى ج ١٤٨/١
(٢١) حاشية البيجرمى ج ٤ ص ٣٧٤ .
(٢٢) أدب القضاء لابن أبى الدم للزحيلى ص ٧٣ .

وفى الروضة « العزل بالفسق وجهان وقال الشافعى ينعزل» (٢٣)
وجاء فى فتح الوهاب « وينعزل بمجرد الفسق لوجود المنافى (٢٤) .

وفى فتح المعين « وينعزل بالفسق ولو لم يعلم توليه بفسقه الأصلى أو الزائد على ما كان عليه حال توليته ، ولو زالت هذه الأحوال لم تعد الولاية » «(٢٥) .

وفى الفقه الحنبلى :

جاء فى المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل... فانه ينعزل بذلك » (٢٦) .

وجاء فى منتهى الارادات « وما يمنع التولية يمنع دوامها »(٢٧)

الفقه الزيــــدى :

جاء فى عيون الأزهار « وينعزل بالجور وظهور الارتشاء »(٢٨)

فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقاد ،

---

(٢٣) روضة الصالحين وعمدة المفتين ص ١٢٦ .

(٢٤) فتح الوهاب للأنصارى ج ٢ ص ٢٠٨ ، ومثله فى مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ .

(٢٥) فتح المعين للمليبارى ص ١٣٩ .

(٢٦) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ .

(٢٧) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ .

(٢٨) عيون الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن يحيى المرتضى تعليق الشيخ صادق موسى ص ٤٧١ ــ طبعة دار الكتب ــ لبنان .

انعزل وان لم يشهد الامام بعزله كالجنون والفسق ، ولو حكم لم ينفذ حكمه » (٢٩) •

فهذه النصوص تفيد أن القاضى اذا فسق انعزل بمجرد الفسق ، دون انتظار لصدور حكم من الامام بعزله •

الرأى الراجح :

ويترجح فى نظرنا الرأى الأول القائل بأن القاضى اذا فسق يعزل ، ولكن هذا العزل لا يتم الا بصدور قرار من القاضى ، الذى ولاه ، حتى لا تتعطل الأحكام ، وتتوقف مصالح الناس ، ازاء عزل القاضى ، وقبل تعيين غيره ، فقد لا يوجد البديل وقت العزل وأضاف لذلك البعض قائلا : ان كل ما يحتاج الى قرار فى الثبوت ، يحتاج الى قرار فى العزل (٣٠) •

مع العلم بأن ثبوت الفسق على القاضى ، أمر يحتاج الى التحقق منه واتصافه به ، ولا يكون ذلك الا بالنظر فى أمر القاضى ، وتتبع سيره وأحواله ، من جانب الامام ، وذلك حرصا وضمانا لحصانة القاضى ، مما قد يسارع اليه بعض الأفراد من اتهامه بالفسق حتى يرتب عليه بطلان ما أصدره من أحكام ضده (٣١) •

---

(٢٩) شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للامام الحلى ــ ج ٤ ص ٧٠ وما بعدها ، تعليق عبد الحسين محمد على •

(٣٠) أهلية القاضى ونزاهته فى الشريعة الاسلامية د• عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٢ وما بعدها مذكرات مكتوبة على الاستنسل لطلاب الدراسات العليا ــ كلية حقوق أسيوط •

(٣١) أهلية القاضى ــ السابق ــ ص ٨٣ •

ثانيا ــ اخلال القاضى بواجبات وظيفته كمبرر لعزله فى القانون :

للقضاة حصانة كامنة ، واستقلال مميز فى ابدائهم لآرائهم ، فى الدعاوى التى ينظرونها ، وفى مقابل هذه الحصانة التى يتمتع بهـا القاضى ، يجب عليه أن يؤدى واجبه على الوجه الأكمل ، ومن ثم اذا أخل القاضى بواجبه تعرض للمساءلة التأديبية التى قد تنتهى بعـزله من ولاية القضاء ، وذلك بعد محاكمة تأديبية ، تتم أمام مجلس تأديب يخصص لذلك .

ولكن ما هى الوقائع التى تبـرر عرض القـاضى على مجلس التأديب ، والتى يتم عزله بسببها ؟ يجيب على ذلك بعض (٣٢) الشراح قائلا : « من المستحيل أن تحدد مقدما الوقائع التى يمكن أن تكـون سببا للمسئولية التأديبية للقضاة ــ والتى يمكن أن تنتهى بعزلهم ــ ولكن يمكن تقسيمها الى مجموعات ثلاث :

(أ) ما يتصل بأداء القاضى لوظيفته ، من هذه تخلف القاضى عن واجب الاقامة فى البلدة التى بها مقر عمله ، أو عن واجب الحضور لعمله وعدم التغيب فى غير أجازة (٣٣) .

---

(٣٢) الوسيط فى قانون القضاء المدنى د. فتحى والى ــ ص ٢٠٣

(٣٣) أحكام المادة ٧٦ من قانون السلطة القضائية ونصها « يجب أن يقيم القاضى فى البلد الذى يكون فيه مقر عمله » ويذكر المستشـار يحيى الرفاعى فى تعليقه على هذا النص أن الالتزام بهـذا النص أصبح مستحيلا فى أزمة المساكن الراهنة ، ومن ثـم وجب تعديل النص وتعميم الحـكم الوارد فى الفقرة الثانية ونصها « ويجـوز للوزير العدل لظروف استثنائية أن يرخص للقاضى فى الاقامة فى مقر المحكمة الابتدائية التابع لها ، أو فى أى بلد آخر يكون قريبا من محل عمله ، ويكون أنتقاله فى هذه الحـالة على نفقة الحكومة ... » ــ تشريعات السـلطة القضـائية للمستشار يحيى الرفاعى ــ هامش ص ٦٣ .

(ب) ما يتصل بحياته الخاصة ، اذ يجب على القاضى أن يراعى فى حياته الخاصة الامتناع عن أى سلوك ـ ولو كان فى ذاته مشروعا ـ لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه من وقار ، وبعد عن الشبهات ، لأنه لا يمكن الفصل بين وظيفة القاضى وحياته الخاصة •

(ج) ما يتصل بنشاطه الخارجى فيمتنع على القاضى من ناحية القيام بمزاولة التجارة أو أى وظيفة أو عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته ، ومن ناحية أخرى الاشتغال بالسياسة أو ابداء رأى سياسى (٣٤) •

وقد ذكر بعض الشراح أن المشروع الفرنسى ، قام بتعريف الخطأ الصادر من القاضى والذى يستوجب مساءلته تأديبيا ، ويعتبر اخلالا منه بواجبات وظيفته يبرر عزله فقال : هو كل مخالفة لواجباته أو مقتضيات وظيفته ، أو اذا قام بأى عمل مخل بالشرف ، أو لا يتفق وكرامة القضاء(٣٥) •

---

(٣٤) أحكام المادتين ٧٢ ، ٧٣ من قانون السلطة القضائية ونصهما:
المادة ٧٢ ونصها : « لا يجوز للقاضى القيام بأى عمل تجارى ، كما لا يجوز له القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته » •
المادة ٧٣ ونصها « يحظر على الحاكم ابداء الآراء السياسية ، ويحظر كذلك على القضاة الاشتغال بالعمل السياسى ، ولا يجوز لهم الترشيح لانتخابات مجلس الشعب أو الهيئات الاقليمية أو التنظيمات الا بعد تقديم استقالتهم » •
ـ الوسيط فى قانون القضاء المدنى ص ٢٠٢ ، د• فتحى والى •
ـ المرافعات المدنية والتجارية د• عبد الحميد أبو هيف ـ ص ٢٠٦
ـ أصول المرافعات المدنية والتجارية د• نبيل اسماعيل عمر ص ٩٧ : ١٠٠ ، نشر منشأة المعارف •
ـ قوانين المرافعات ـ د• أمينة النمر ص ١٠١ ـ نشر منشأة المعارف •

(٣٥) القانون القضائى الخاص ـ د• ابراهيم نجيب ج ١ ص ٣٦١

وعرفه بعض الشراح قائلا : الخطأ التأديبى هو : كل اخلال من القاضى بواجباته المتعلقة بحالته أو شرفه أو مسلكه أو كرامته (٣٦) .

وبناء عليه فاذا فقد القاضى أسباب صلاحيته لولاية القضاء ، لغير الأسباب الصحية بأن ارتكب خطأ كبيرا ، فى حق مهنته ، أو قام بعمل يتعلق بالشرف أو الكرامة أو باشر عملا يتعارض مع ولايته لفصل المنازعات ، يتم عزله بعد عرضه (٣٧) على مجلس تأديب ، يتم تشكيله من عدد معين من القضاة أشارت اليه المادة ٩٨ (٣٨) من قانون السلطة القضائية وهذا ما أشارت اليه المادة ١١١ من القانون المذكور ونصها : « اذا ظهر فى أى وقت أن القاضى فقد أسباب الصلاحية لولاية القضاء لغير الأسباب الصحية ، يرفع طلب الاحالة الى المعاش أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب رئيس المحكمة الى المجلس المشار اليه فى المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية ... » .

---

(٣٦) استقلال القضاء ــ د. محمد نور شحاته ــ ص ٢٢٨ .

(٣٧) قانون القضاء المدنى ــ د. محمود هاشم ــ ص ٢٢٠ .

ــ استقلال القضاء ــ د. محمد نور شحاته ــ ص ٢٢٨ .

ــ الوسيط فى شرح قانون المرافعات ــ د. أحمد السيد صاوى ــ ص ٢٩٤ .

ــ حرية الدفاع ــ طه أبو الخير ص ٧١ ، الوجيز فى قانون القضاء المدنى ــ د. محمد نور ص ١٣٣ .

(٣٨) مادة ٩٨ ونصها « تأديب القضاة بجميع درجاتهم يكون من اختصاص مجلس تأديب يشكل على النحو الآتى : رئيس محكمة النقض رئيسا ، أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف ، أقدم ثلاثة من مستشارى محكمة النقض ... » .

وقد ذكر بعض(٣٩) الشراح أن الخطأ الذى يؤدى بالقاضى الى العزل لا يمكن حصره ، لأن قوامه ليس مخالفة القاضى لواجباته الوظيفية التى نصت عليها القوانين واللوائح ، بل تلك التى يقتضيها حسن انتظام العمل ، ومن أمثلة ذلك افشاء أسرار المداولة ، أو تغيبه عن العمل بدون مبرر ، أو قضائه فى دعوى ممنوعة عليه ، أو قيامه بنشاط سياسى محظور ، أو قيامه بأنشطة تمس الشرف والكرامة ، وتتعلق بحياته الخاصة (٤٠) وكذا خروجه عن مسلكه فى عمله عن الحدود التى يجب عليه التزامها (٤١) ، ومنها احترافه للتجارة أو حصولة على رتبة أو نيشان من الحكومة ، أو قبول مكافأة فوق مرتبه، أو قبول هدايا ذات قيمة ، فانه ان فعل ذلك كان جزاءه العزل والحرمان من المرتب (٤٢) .

مما سبق عرضه يتضح لنا أن اخلال القاضى بواجبات وظيفته أيا كان نوع هذا الاخلال طالما كان متعارضا مع ولايته لفصل المنازعات يعد مبررا لفصله من ولاية القضاء ، لأن القاضى بارتكابه لهذا الخطأ قد فقد أسباب صلاحيته لولاية هذا العمل الجليل ، ويترتب على ذلك ضرورة استبعاده من هذه الولاية سواء كان ذلك بالعزل ، أو بالنقل الى وظيفة أخرى غير قضائية ، عملا بنص المادة ١١١ من قانون السلطة القضائية المشار اليها .

---

(٣٩) الدكتور محمد نور فى كتابه : الوجيز فى قانون القضاء المدنى ص١٥٩ ، انظر للمؤلف نفسه استقلال السلطة القضائية ص ٢٢٧ وما بعدها ــ الدكتور فتحى والى ــ فى كتابه الوسيط ص ٢٠٢ .

(٤٠) استقلال السلطة القضائية د. محمد نور ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

(٤١) الوجيز فى قانون المرافعات د. رمزى سيف ص ٤٠
ــ أصول المرافعات ــ نبيل عمر ص ٩٩ .

(٤٢) الوجيز فى المرافعات المصرية د. عبد الفتاح السيد ــ ص ٢٠٠ وما بعدها مطبعة النهضة ١٣٤٢هـ ــ ١٩٢٤م .
ــ المرافعات المدنية والتجارية ــ د. عبد الحميد أبو هيف ص٣٠٦

الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

نلاحظ من خلال عرضنا لآراء الفقهاء فيما يتعلق بعزل القاضى للفسق ، وعرضنا لآراء شراح القانون فيما يتعلق باخــــلال القاضى لواجبات وظيفتـــه كمبرر لعزله ، يتضـــح لنا اتفاق أحكام القـــانون الوضعى مع ما جاء فى الفقه الاسلامى الى حد كبير ، لأن الناظر فى الفسق فى الفقه يجده اخلالا من القاضى بصفة العدالة التى ينبغى أن يتحلى بها فى ممارسته لوظيفة فصل المنازعات بين الناس ، واخــلال القاضى بواجبات وظيفته فى القانون يعد فسقا من جانبه ـــ أيضـــا ، وذلك لخروجه عن مقتضيات هذه الوظيفة بارتكابه ما هو ممنوع من ممارسته ، أثناء آدائه لهذه الرسالة ، ومخالفة هذه القوانين واللوائح التى قررها ولى الأمر ، وتسمية هذا المبرر فى الفقه بأنه فسق،وتسميته اخلالا فى القانون لا يقدح فى أن ما انتهى اليه شراح القانون ، يتفق وما قرره الفقهاء فكلا المفهومين يلتقيان فى نقطة واحدة وهى أن كـــلا منهما يعد انتهاكا لصفة يجب توافرها فيمن يلى وظيفة فصل المنازعات، وتخلفها يؤدى الى عزل من يلى هذه الوظيفة •

" المطلب الثـــــانى "

المرض أو العجز كسبب لعزل القاضى فى الفقه والقانون

الفـــرع الأول : فى الفقه الاسلامى

الفصل بين الناس وظيفة من أسمى الوظائف ، المستوجبة لـــكل كمال ، ومهنة من أشرف المهن ، مارسها الأنبياء والرسل ، وقام بهـــا الخلفاء والتابعون ، وزان عرشها الفقهاء من بعدهم ، على مر العصور وسالف الدهور •

ومن يمارس هذه الوظيفة ، يعد ملجأ الناس حين تظلم الدنيا بالظلم ، فهو المصباح الذى يضىء طريق الحق ، بكلمة منه يضع الحق فى نصابه ، ويرد للمظلوم مظلمته ، ويردع الظالم عن ظلمه .

واذا ما كان الأمر كذلك ، فلا غرابة ولا غرو ، أن يهتم الفقهاء اهتماما بالغا بشخص القاضى ، ويولوه عناية فائقة ، حتى جعلوه من أشخاص يندر وجودهم لكثرة ما تطلبوه فيه من شروط ، وما ينبغى أن يكون عليه من صفات ، لكى يقيم حدود الله بصورة تحقق العدل ، وتقطع دابر الظلم .

ومن بين هذه الشروط التى اشترطها الفقهاء فى القاضى ، أن يكون خاليا من الأمراض التى تعوقه عن مباشرة هذا العمل ، فتمنعه من توليه ، ان لم يكن متوليا له بالفعل ، وتوجب عزله اذا ما كان متوليا له ثم طرأت عليه .

وحديثنا فى هذا المطلب سيكون قاصرا على القاضى الذى ولى القضاء ، متمتعا بكمال الجسم والبدن ، ثم ابتلاه الله بعد ولايته بمرض أو عجز أفقده الصلاحية الكاملة للاستمرار فى هذا العمل الذى تتعلق به حقوق الناس وأرواحهم .

ومن بين هذه الأمراض مايلى :

أولا : فقد البصر والسمع والكلام ، وهى التى تعرف باسم سلامة الحواس ، والجنون :

وقد اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية ، على أن القاضى اذا ولى

---

(١) أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٧ .
نظام القضاء ـ د. ابراهيم عبد الحميد ص ٥٨ .

القضاء سميعا بصيرا متكلما ، ثم فقد واحدة من هذه الحواس ، فانه لا يبقى فى منصب القضاء •

وهذا ما أشارت اليه نصوص الفقهاء الواردة فى مذاهبهم الفقهية المختلفة • ومن هذه النصوص :

(أ) فى فقه المالكية ما يلى :

جاء فى شرح الزرقانى شرح مختصر خليل ما نصه : « وعـــزل الأعمى والأصم والأبكم واجب » (٢) •

وجاء فى الفواكه « ويجب عزل الأعمى والأصم والأبكم » (٣) •

وجاء فى بلغة السالك « ووجب عزل أعمى وأصم وأبكم ولو طرأ عليه بعد توليته » (٤) •

وجاء فى شرح الخرشى « ويعزل الأعمى والأصم والأبكم لتعذر غالب الاحكام » (٥) •

وجاء فى الدسوقى « ويعزل اذا طـــرأ عليـــه عمى أو صـــم أو بكم » (٦) •

(ب) فى الفقه الشافعى :

جاء فى المغنى « الاغماء والخرس والصـــمم العمى مبررات لعزل القاضى » (٧) •

---

(٢) شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٧ ص ١٢٤ •
(٣) الفواكه الدوانى لابن مهنا النقراوى ج ٢ ص ٢٩٧ •
(٤) بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوى ج ٢ ص ٣٠٦ •
(٥) شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٥ ص ١٤٠ •
(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ١١٦ •
(٧) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى ج ٤ ص ٣٨٠ •

وجاء فى الروضة « اذا جن أو أغمى عليه أو عمى أو خرس ينعزل »(٨) .

وجاء فى فتح الوهاب « وينعزل بزوال أهليته كجنون واغماء كغفلة وصمم » (٩) .

وجاء فى فتح المعين « وانعزل بمرض لا يرجى زواله ، ومثل ذلك العمى والصمم لوجود المنافى » (١٠) .

(جـ) فى الفقه الحنفى :

جاء فى الحاشية « أربع خصال اذا حلت بالقاضى انعزل ، فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين » (١٠) .

وجاء فى لسان الحكام « أربع خصال لو حلت بالقاضى صار معزولا ، ذهاب البصر والسمع والعقل والردة » (١٢) .

وجاء فى الروضة « وتبطل ولايته بالخرس ، وتبطل ولايته — أيضا — بطرو العمى لأنه لا يصح له معرفة ما يحتاج الى نظره فهو كزوال العقل » (١٣) .

(د) فى فقه الحنابلة :

جاء فى المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو مرض يمنعه

---

(٨) روضة الطالبين للنووى ص ١٢٥ وما بعدها .

(٩) فتح الوهاب للأنصارى جـ ٢ ص ٢٠٨ .

(١٠) فتح المعين لليبارى ص ١٣٩ .

(١١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٦٤ .

(١٢) لسان الحكام ص ٢٢٣ ، ومثل ذلك فى معين الحكام ص٣٣

(١٣) روضة القضاة وطريق النجاة للسمنانى ص ١٤٩ وما بعدها

من القضاء ، فانه ينعزل بذلك ، ويتعين على الامام عزله وجها واحدا » (١٤) ٠

وجاء فى منتهى الارادات « ويتعين عزله مع مرض يمنعه القضاء » (١٥) ٠

وجاء فى كشاف القناع « ويشترط أن يكون بصيرا ناطقا ، وأن يكون سميعا ، فان كان بخلاف ذلك انعزل » (١٦) ٠

(هـ) فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقاد انعزل » (١٧) ٠

(و) فى فقه الأشيعة :

جاء فى كتاب النيل « ولا تنعقد ولاية الأصم والأبكم والأعمى ، ويجب عزلهم ولو طرأ عليهم ، لعدم المقصود من الفهم والافهام» (١٨)
مما سبق عرضه من نصوص متعددة فى المذاهب الفقهية المختلفة يتضح لنا أن شرط الحواس ، من الشروط المتفق عليها بين فقهاء

---

(١٤) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٣ ٠
(١٥) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ تحقيق عبد الغنى عبد الخالق
(١٦) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ج ٦ ص ٢٩٥ ٠
(١٧) شرائع الاسلام للحلى ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١ تحقيق عبد الحسين محمد على ٠
(١٨) كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد يوسف بن أطفيش ١٣/٢٣
ـ راجع فيما يبق تاريخ القضاء : محمود عونوس ص ١٧٠ ٠
ـ التنظيم القضائى فى الفقه الاسلامى د٠ محمد مصطفى الزحيلى ٧٠
ـ أهلية القاضى د٠ عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٧ وما بعدها ٠

الشريعة الاسلامية ، وأن فقد القاضى لحاسة من هذه الحواس ، بعد ولايته مبرر لعزله •

هذا وقد وقع خلاف بين الفقهاء ، حول الوقت الذى يعزل فيه القاضى ، هل يعزل بمجرد فقده لاحدى حواسه ؟ أم لابد من صدور قرار بعزله ممن له ملكية هذا القرار ؟

رأيان : الرأى الاول منهما يرى عزله بمجرد طرو المرض أو العجز ، أما الثانى فيرى أصحابه أنه لا يعزل قبل صدور قرار بعزله (١٩) ، وأيا كان الراجح من هذين الرأيين وما يترتب على كل منهما ، فلا يهمنا هذا الخلاف وما يترتب عليه ، بقدر ما يهمنا الاتفاق الذى وقع بين الفقهاء : فى أى القاضى الذى يتعرض لفقد احدى حواسه ، يعزل • وهذا ما أشارت اليه النصوص الفقهية •

ثانيا — الجنون :

شرط العقل فى القاضى من الشروط التى يتوقف عليها صحة تعيينه فى هذه الوظيفة باتفاق الفقهاء ، دون مخالفة من أحد منهم فى ذلك (٢٠) ، وهذا دليل على أن القاضى اذا طرأ عليه الجنون بعد ولايته يعزل بلا خلاف ، سواء هذا الجنون مطبقا يلازمه دائما ولا يفارقه ، أم كان منقطعا يفارقه فى بعض الأوقات (٢١) •

---

(١٩) أهلية القاضى ونزاهته د• عبد الرحمن عبد القادر — ص ٨٧ وما بعدها •

(٢٠) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٨٣ ، الخرشى ج ٥ ص ١٣٩ . الأحكام السلطانية للماوردى ص ٦٥ ، المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٣٨٠ المهذب ج ٢ ص ٢٩١ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٥٠ ، فتح القدير على الهداية ج ٧ ص ٢٥٣ ، شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٠٤ •

(٢١) أهلية القاضى — السابق — ص ٨٣ •

لأن الجنون مانع من موانع ولاية القضاء ، فيمنع استمرار هذه الولاية،لأن مايمنع من جواز التولية ابتداء يمنعدوامها واستمرارها(٢٢).

وقد أشار الفقهاء فى كتبهم الفقهية الى العديد من النصوص ، التى تفيد عزل القاضى اذا أصابه الجنون . من هذه النصوص ما يلى :

(أ) فى الفقه المالكى :

وجاء فى التبصرة « وشروط القضاء التى لا يتم القضاء الا بها ، ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها الا معها عشرة الاسلام والعقل .. وعدم هذه الشروط يوجب العزل »(٢٣) .

وجاء فى المواهب « للقضاء خصال ، لا يتضح أن يلى القضاء الا من اجتمعت فيه هذه الخصال وهى : أن يكون حرا مسلما عاقلا »(٢٤).

(ب) فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « اذا حدث بالقاضى ما يمنع الانعقـاد انعزل ، وان لم يشـهد الامام بعزله ، كالجنون والفسق » (٢٥) .

(ج) فى الفقه الشافعى :

وفقا للراجح فى المذهب : جاء فى حاشية البيجرمى « وينعـزل بنحو جنون أو اغماء ولو قل كلحظة » (٢٦) .

---

(٢٢) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٧ .
ومعه المحلى لابن حزم ج ٩ ص٣٦٣ .
(٢٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٣ .
(٢٤) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٨٣ .
(٢٥) شرائع الاسلام للحلى ج ٤ ص ٧٠ .
(٢٦) حاشية البيجرمى على المنهج ج ٤ ص ٣٤٧ .

وفى نهاية المحتاج « اذا جن قاض أو أغمى عليه لا ينفذ حكمه لانعزاله بذلك » (٢٧) .

وجاء فى فتح الوهاب « ولو زالت أهلية القاضى بنحو جنون أو اغماء انعزل » (٢٨) .

وجاء فى اعانة الطالبين « وينعزل بجنون واغماء وان قل زمنهما (٢٩) .

(د) فى الفقه الحنفى :

جاء فى الحاشية « أربع خصال اذا حلت بالقاضى انعزل ، فوات السمع أو البصر أو القتل أو الدين » (٣٠) .

وجاء فى روضة القضاة « وتبطل ولاية القاضى بزوال العقل ، لأنه يمنع التكليف فيمنع الولاية » (٣١) .

(هـ) فى الفقه الحنبلى :

جاء فى المغنى « اذا تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل ينعزل بذلك ، ويتعين على الامام عزله وجهاد واحد »(٣٢) .

---

(٢٧) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٤ .

(٢٨) فتح الوهاب ج ٢ ص ٢٠٨ .

وجاء مثل هذا النص فى الاقناع للشربينى ج ٢ ص ٣٠٠ ، روضة الطالبين ص ١٢٥ .

(٢٩) اعانة الطالبين ــ ج ٤ ص ٢٢٢ طبعة الحلبى .

(٣٠) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٤ .

ــ مثل ذلك ورد فى معين الحكام ص ٣٣ ، لسان الحكام ص ٢٢٣ .

(٣١) روضة القضاة ص ١٤٩ .

(٣٢) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٤ .

وجاء فى منتهى الارادات « ما يمنع التولية ابتداء يمنع دوامها.. كما لو طرأ عليه ذلك لفسق أو زوال عقل » (٣٣) .

وهناك رأى مرجوح فى الفقه الشافعى يرى جواز بقاء القاضى الذى جن جنونا غير مطبق ، وهذا ما أشار اليه صاحب كتاب أدب القضاء قائلا « لو جن القاضى أو أغمى عليه هل ينعزل أم لا ؟ وجهان » (٣٤) .

وجاء فى المغنى « أن القاضى اذا جن جنونا منقطعا ، وكان زمن الافاقة أكثر من زمن الجنون ، بحيث يمكنه القيام بواجبات وظيفته ، فانه لا ينعزل بذلك الجنون قياسا على الامام ، فكما أن الامام لاينعزل بالجنون المتقطع الذى لا يعوقه فكذلك القاضى »(٣٥) .

ونحن نرى أن هذا الرأى لا يقدح فى الاتفاق الذى تم بين الفقهاء حول تمتع القاضى بكمال العقل كشرط لولايته لفصل المنازعات ، ومن لم فان القاضى الذى ولى القضاء متمتعا بكمال العقل ، ثم زالت عنه هذه الصفة ، فانه ينعزل قولا واحدا ، حتى أن بعض (٣٦)الفقهاء، لم يكتف بكمال عقل القاضى كشرط لولايته لهذا العمل ، وانما اشترطوا فيه أن يكون جيد الفهم لا ينخدع بتحسين الكلام ، فاذا كان الأمر كذلك ، فكيف يلى القضاء من فقد عقله بالكلية .

---

(٣٣) كشاف القناع للبهوتى ج ٦ ص ٢٩٧ ــ تحقيق هلال مصيلحى

(٣٤) أدب القضاة لابن أبى الدم ج ١ ص ٢٧٥ ، تحقيق محيى هلال السرحان .

(٣٥) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨٠ ، أهلية القاضى د. عبد الرحمن عبد القادر ص ٨٣ .

(٣٦) البدائع ج ٩ ص ٤٠٢٧ ، الخرشى ج ٥ ص ١٣٩ .
معين الحكام ص ١٣ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ٦٥ .

الفرع الثانى : المرض أو العجز كمبرر لعزل القاضى فى القانون

من مبررات عزل القاضى فى القانون الوضعى المرض أو العجز الذى لا يستطيع معه القاضى القيام بواجبات وظيفته، وهذا ما يمكن فهمه من نص المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية ونصها « اذا لم يستطع القاضى بسبب مرضه مباشرة عمله بعد انقضاء الأجازات المقررة ، أو ظهر فى أى وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيام بواجبات وظيفته على الوجه اللائق ، فانه يحال الى المعاش بقرار جمهورى ، يصدر بناء على طلب وزير العدل . وبعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية (٣٧) .

واضح من النص المشار اليه ، أن المرض الذى يؤدى الى منع القاضى من أدائه لوظيفته ، يحال الى المعاش ويعزل من ولاية القضاء، وقد ذكر بعض(٣٨) الشراح أن هذا المرض يشمل المرض الجسدى أو العقلى أو النفسى ، وسواء أدى المرض الى قعود القاضى عن مباشرة عمله أو أدى المرض الى جعل القاضى غير قادر على القيام بوظيفته على الوجه اللائق(٣٩) .

وعلى الرغم من أن النص الوارد بقانون السلطة القضائية ، لم يحدد نوعية المرض الذى يؤدى الى عزل القاضى ، الا أنه وضع معيارا عاما ، تمثل فى أن مجرد اصابة القاضى بأى مرض من شأنه ، اعاقة القاضى من قيامه بواجبه يعد مبررا لعزل القاضى من ولاية القضاء ،

---

(٣٧) نص المادة ٩١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م .

(٣٨) المستشار طه أبو الخير فى كتابه حرية الدفاع ص ٥٨١ .

(٣٩) قانون القضاء المدنى د. محمود هاشم ص ٢١٩ وما بعدها .
– استقلال القضاء – د. محمد نور شحاته ص ١٩١ .
– الوسيط فى قانون القضاء المدنى د. فتحى والى ص ١٩٩ .

ومن ثم فان أى مرض من شـأنه مع القاضى من آدائه لواجبـه على الوجه اللائق ، فانه يعد سببا لعزل القاضى ، أما اذا كان هذا المرض لا يؤدى الى هذه النتيجة فلا يعد مبررا للعزل فى القانون •

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

بعد أن عرضنا موقف الفقه الاسلامى ، وأحكام القانون الوضعى فيما يتعلق بكون المرض أو العجز مبررا يعد مبررا لعزل القاضى فى النظامين الوضعى والاسلامى •

اتضح لنا أن : فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا أشـد حرصا على تمتع القاضى بكمال الجسد والبدن ، بدليل أنهم حددوا نوعية المرض الذى يؤدى بالقاضى الى العزل بالاضافة لذلك ، فان الفقهـاء ذكروا أن مجرد اصابة القاضى بالمرض أو العجز يعد مبررا كافيا لعزله ، سواء كان المرض أو العجز يؤدى الى عدم قيام القاضى بواجبه على الوجه اللائق أم لا ، أما شراح القانون الوضـعى فانهم يشترطون لتطبيق مبدأ عزل القاضى للاسباب الصحية ، أن يكون المرض أو العجز مانعا للقاضى من آدائه لواجبه على الوجه اللائق ، بعد منحه الأجـازات الكافية ، والمقررة قانونا •

فاذا لم يكن المرض مانعا للقاضى من قيامه بواجبه ، لا يعـزل فى القانون ، وان دل هذا على شىء ، فانما يدل على مدى الاهتمـام الزائد ، والعناية الفائقة ، من جانب فقهاء الشريعة الاسلامية بشخص القاضى ، باعتباره شخصا ليس بعادى ، وانما يجب أن يكون مستجمعا لكل صفات الكمال ، خلقا وخلقا ، حتى يستطيع ارساء قواعد العدل ، بين الناس ، غاية ما فى الأمر أن ما انتهى اليه شراح القانون يجـد سنده واضحا فى قواعد الشريعة الاسـلامية ، وأن ما قرره الفقهاء فى هذا المجال مازال ولا يزال صالحا لكل عصر وجيل ، ولن يستطيع أى نظام مجاراة النظام الاسلامى فى صورته الحقيقية التى ظهر عليها •

" المطلب الثالث "

عزل الامام للقاضي في الفقه وعدم كفاءته في القانون كمبررين لعزله في النظامين الاسلامي والوضـعي

الفرع الأول : عزل الامام القاضي في الفقه الاسلامي

للحاكم الذي ولي أمر المسلمين ، بحسب الراجح أن يعزل القاضي اذا ما وقع منه ما يقتضي عزله ، لأن تصرفات الحاكم منوطة بمصالح المسلمين ، الأمر الذي يستلزم من الامام ألا يصدر شيئا من أمـور المسلمين الا عن رأى ثاقب ، ومن ثم لا يجوز للامام أن يعـزل (١) القاضي دون مقتض ، لأنه ولاه لمصـلحة المسلمين عامة ، وقد تعلق به حق الأمة ، فوجب ابقاؤه طالما لم يحدث منه ما يوجب العزل .

وقيل ينفذ عزل الامام للقاضي ولو لم يحـدث منه ما يستدعى العزل (٢) ، ويتعرض الامام لخطر الاثم أمام الله (٣) والأول أرجح وهو القائل بعدم العزل .

وقد ذكر الفقهاء بعض المبررات التي يجـوز للامام أن يعـزل القاضي بمقتضاها ، من هذه المبررات :

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٤ .
- مغني المحتاج جـ ٤ ص ٣٨١ .
- اعانة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٣ .
- شرائع الاسلام ـ للحلي جـ ٤ ص ٧١ .

(٢) روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ص ١٥٢ .

(٣) أدب القضاة لابن أبي الدم جـ ١ ص ١٥٠ ـ تحقيق محيي هلال السرحان .

(أ) مصلحة المسلمين اذا كانت تستلزم عزل القاضى .
(ب) تظاهر الشكوى من القاضى .

وسنعرض أولا : للمصلحة كمبرر لعزل القاضى .

والمراد بالمصلحة التى تستوجب عزل القاضى هى : مصلحة المسلمين العامة ، وقد ذكر بعض الشراح أن جمهور الفقهاء يقررون اعتبار المصلحة مبررا لعزل القاضى ، ومنهم من أجمل القول ، فلم يوضح أو يفسر تلك المصلحة ، ومنهم من وضحها ، وذكر أمثلة عليها ، كوجود أصلح منه ، أو أقوى ، أو أصبر منه (٤) .

وهذا ما أشارت اليه نصوص الفقهاء ، التى أوردوها فى كتبهم ، من هذه النصوص مايلى :

(أ) فى فقه المالكية :

جاء فى فتح الرحيم « ويجوز عزله لمصلحة ، فان كان عدلا وجب على الامام اظهار براءته (٥) .

وجاء فى بلغة المسالك « وجاز للامام عزل من ولاه القضاء لمصلحة اقتضت ذلك » .

ثم فسر المصلحة قائلا ككون غيره أفقه منه ، أو أقوى منه ، وفى هذه الحالة اذا عزله برأه ، كما وقع لشرحبيل قاضى عمر ، فلما

---

(٤) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء وتقييده د. عبد الرحمن القاسم ـ دكتوراه ص ١٥٦ .

(٥) فتح الرحيم على فقه الامام مالك بالأدلة للشنقيطى ج ٣ ص ١٢٣ طبعة دار الطباعة المحمدية ـ الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م .

أراد عمر عزله قال له : أعن سخط يا أمير المؤمنين ؟ قال : لا ولكن وجدت من هو أقوى منك قال : ان عزلك لى عيب ، فأخبر الناس بعذرى ففعل » (٦) .

(ب) فى فقه الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام « أما لو رأى الامام عزله لوجه من وجوه المصالح ، أو لوجود من هو أتم منه نظرا ، فانه جائز مراعاة للمصلحة (٧) .

(ج) فى فقه الشافعية :

وجاء فى أدب القضاء « قال الامام الشافعى : للامام عزل القاضى اذا رابه منه أمر ، ويكفى فيه غلبة الظن ، فلو لم يظن غير الخير ، قال الأصحاب : ان عزله بأفضل منه نفذ ، ومن هو دونه فى الصلاحية لا ينفذ فى ظاهر المذهب ، وبمثله وجهان ... فان عزل القاضى بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل » (٨) .

وجاء فى اعانة الطالبين « ويجوز عزله لوجود أفضل منه ، وان لم يظهر فيه خلل ، رعاية لمصالح المسلمين » (٩) .

وجاء فى مغنى المحتاج « ويجوز عزل القاضى بمثله ، أو بمن هو

---

(٦) بلغة السالك ج ٢ ص ٣١٠ ، الشرح الصغير ج ٤ ص ١٢ .
(٧) شرائع الاسلام للحلى ــ ج ٤ ص ٧١ .
(٨) أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٩٤ ــ تحقيق محمد الزحيلى .
(٩) عانة الطالبين وعمدة المفتين ج ٤ ص ٢٢٣ .

دونه لمصلحة المسلمين ، كتسكين فتنة ، فان لم يكن فى عزله مصلحة فلا يجوز عزله ، لأنه عبث وتصرف الامام يصان عن ذلك »(١٠) .

(د) وفى الفقه الحنفى :

جاء فى روضة القضاة « للامام عزل القاضى من غير سبب يوجب العزل » (١١) .

هذا النص وان لم يدل على جواز عزل القاضى للمصلحة بالنص، لكن القياس فيه واضح ، فاذا كان للامام عزل القاضى بدون مبرر ، فالأولى عزله للمصلحة .

(هـ) فى فقه الحنابلة :

جاء فى المغنى « وأما ان عزله الامام الذى ولاه ، أو غيره ففيه وجهان : أحدهما ليس له ، لأن عقده لمصلحة المسلمين ، فلم يملك عزله مع سداد حاله ، والثانى له عزله لما روى عن عمر أنه قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا ، اذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة، وولى كعب بن سوار ، وقد ولى على — كرم الله وجهه — أبا الأسود ثم عزله فقال : لم عزلتنى وما خنته وما جنيت ؟ فقال : انى رأيتك يعلو كلامك على كلام الخصمين » (١٢) .

فهذا العمل الذى قام به الامام على — كرم الله وجهه — ليس له مبرر سوى مصلحة المسلمين العامة .

---

(١٠) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٨١ .
(١١) روضة القضاة ص ١٥٢ .
(١٢) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٠٤ .

فهذه النصوص الفقهية تؤكد جواز عزل القاضى للمصلحة ، ومن ثم فقد ذكر بعض الباحثين أنه يمكن حمل العذر على كل مصلحة اقتضت العزل فيوافق هذا القول ، أقوال الفقهاء الآخرين ، الذين أجازوا العزل للمقتضى أو للمصلحة أو للتهمة ، فكلها أعذار للعزل تحمل معنى المصلحة (١٣) ٠

أما اذا كان العزل لغير مصلحة فلا يجوز عند البعض (١٤) لأنهم اعتبروا ذلك من قبيل العبث ، والامام يجب أن يصان عن ذلك فى تصرفه ٠

وقيل ينفذ العزل ، ولكن يتعرض صاحب الأمر لخطر الاثم والمسئولية أمام الله (١٥) ٠

وبهذا ننتهى الى القول بضرورة توافر المصلحة ، كمبرر لعزل القاضى فى الفقه الاسلامى ، سواء كانت هذه المصلحة ظاهرة لنا ، أو خافية علينا ، ومن ثم فقد ذكر بعض الباحثين قائلا : هب أنه قد تعذر علينا ادراك تلك المصلحة ، التى كان يبتغيها عمر بن الخطاب حينما عزل شرحبيل ، فمن منا مثل عمر الذى اقترن العدل باسمه ، خاصة وأن القاضى ولى القضاء لمصلحة المسلمين ، والامام تولى أمور المسلمين ليحقق لهم هذه المصلحة : بجلب المنافع ودرء المفاسد ، وليس من

---

(١٣) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاة دكتوراه لعبد الرحمن القاسم ص ١٥٧ ٠

(١٤) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٨١ ٠

ـ اعانة الطالبين ج ٤ ص ٢٢٣٤ ٠

ـ تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧٨ ٠

ـ روضة الطالبين ـ ص ١٢٦ ٠

(١٥) أدب القضاء للزحيلى ص ٩٤ ٠

المصلحة عزل القاضى اذا لم تتغير حاله ، أو لم تكن هناك مصلحة تتحقق من ذلك (١٦) •

وأيد ذلك أستاذنا الدكتور / حامد أبو طالب فى عزل عمر لأبى مريم قائلا : ان هذا العزل كان لمصلحة رآها سيدنا عمر وهى اللين فيه ، حتى أنه لم يعد يخشاه الفاجر ، فعزله عمر ، وولى شخصا يخشاه الفاجر ، ولاشك أن فى ذلك مصلحة للمسلمين (١٧) •

ثانيا : الشكوى من القاضى كمبرر لعزله فى الفقه الاسلامى :

من المبررات الداعية الى عزل القاضى فى الفقه الاسلامى ، تعدد الشكوى وتظاهرها ضد القاضى ، ولكن الشكوى لا تعتبر مبررا لعزل القاضى ، اذا كان القضاء متعينا (١٨) فى حق القاضى المشكو فى حقه ، فاذا كان القضاء متعينا فى حق القاضى ، لا يجوز عزله بسبب الشكوى حتى لا تتعطل الأحكام ، وتتوقف مصالح الناس ، ويحدث الخلل •

وقبل أن نذكر الأدلة على عزل القاضى بالشكوى ، نبين تقسيم الفقهاء للقاضى المشكو فى حقه ، فقد قسموه الى قسمين :

(أ) قاض مشهور بالعدالة ، وهذا الصنف من القضاة لا يعزل بمجرد الشكوى منه ، ولا يكشف عنه (١٩) •

---

(١٦) استقلال السلطة القضائية فى النظامين الوضعى والاسلامى ـ رسالة دكتوراه للدكتور يس عمر يوسف ـ مقدمة لكلية حقوق عين شمس ١٩٨٤ م ص ٣٧٧ •

(١٧) التنظيم القضائى ـ د• حامد أبو طالب ص ٩٣ •

(١٨) مغنى المحتاج ـ ج ٤ ص ٣٨١ •

(١٩) تبصرة الحكام ـ ج ١ ص ٧٧ •

(ب) قاض غير مشهور بالعدالة ، وهذا القاضى يجب الكشف عنه عند الشكوى منه .

وهذه الأحكام هى ما أشارت اليها نصوص الفقهاء فى مذاهبهم المختلفة كما يلى :

فى الفقه المالكى :

جاء فى الزرقانى « ولا ينبغى عزله بمجرد الشكوى منه ، ان شهر بالعدالة ، وان لم يشتهر بالعدالة ، فلا ينبغى عزله بمجرد الشكوى قبل الكشف عنه » .

وقال الامام مطرف يعزل ، وقيل ان لم يجد بدلا منه كشف عنه ، فان كان على ما يجب أبقاه ، وان كان على غير ذلك عزله »(٢٠) .

وجاء فى التبصرة « ويجب على الامام أن يسأل عن القضاة ، فاذا ظهرت الشكية بهم ولم تعرف أحوالهم ، سأل عنهم ، فان كانوا على طريق الاستقامة أبقاهم ، وان كانوا على ما ذكر عزلهم ، واختلف فى عزل من اشتهرت عدالته بتظاهر الشكوى ، قال مطرف : ليس عليه عزل من عرف بالعدالة والرضا ، اذا اشتكى به وان وجد منه عوضا ، فان فى ذلك فسادا للناس على قضاتهم ، وقال أصبغ : أحب الى أن يعزله وان كان مشهورا بالعدالة والرضا ، اذا وجد منه بدلا ، لأن فى ذلك صلاحا للناس ، وأما ان كان المشكو غير مشهور بالعدالة فليعزله اذا وجد منه بدلا ، وتظاهرت عليه الشكية ، فان لم يجد منه بدلا ، كشف عن حاله ، فان ظهر صدق الشكوى عزله الامام ، وان قال الذين بعثهم للسؤال عنه ، ما نعلم الا خيرا أبقاه »(٢١) .

---

(٢٠) شرح الزرقانى على مختصر خليل — جـ ٧ ص ١٣٠ .
(٢١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٧٧ ، ٧٨ .

وجاء فى الخرشى « ولا ينبغى عزله بمجرد شكية واحدة ، بل حتى تكثر فيه الشكاوى وتتضافر حينئذ يعزله ، واذا عزله فانه يوقفه للناس ليرفع من أمره ويخفض(٢٢) ، وان لم يشتهر بالعدالة لا ينبغى عزله بمجرد الشكوى قبل الكشف عنه »(٢٣) •

فى الفقه الشافعى :

جاء فى نهاية المحتاج « وللامام عزل قاض ظهر منه خلل لا يقتضى انعزاله ، ككثرة الشكاوى منه ، أو ظن أنه ضعيف ، أو زالت هيبته فى القلوب ، وذلك لما فيه من الاحتياط »(٢٤) •

وجاء فى المغنى « اذا كثرت الشكاوى منه وجب عزله بشرط ألا يكون متعينا للقضاء فان كان متعينا لم يجز عزله ، ولو عزله لم ينعزل »(٢٥) •

فى الفقه الحنفى :

جاء فى معين الحكام « فان كان المشكو فى حقه غير مشهور بالعدالة فليعزله ، اذا وجد منه بدلا ، وتظاهرت عليه الشكية ، فان لم يجد منه بدلا ، كشف عن حاله فان صدق ما قيل فيه من الشكاية ، عزله ، ونظر

---

(٢٢) وفى هذا المعنى جاء فى شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٧ ص ١٣١ ما نصه « وان عزله عن سخط فليظهره للناس لئلا يولى عليهم بعد اذ ، فانه لا يولى ولو صار أعدل زمانه ، وان كان على غير سخط برأه كما حدث فى قصة عزل عمر لشرحبيل » •

(٢٣) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٤٧ •

ـ الدسوقى على الشرح الكبير ـ ج ٤ ص ١٢٢ •

(٢٤) نهاية المحتاج للرملى ج ٨ ص ٢٤٥ •

(٢٥) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣١٨ •

فى أقضيته ، فما وافق الحق أمضاه ، وما خالفه فسخه ، وان لم يعلم فيه الا الخير أبقاه ، أما من اشتهر بالعدالة فهل يعزل بظاهر الشكوى أم لا ؟ قال البعض : لا يعزل من عرف بالعدالة والرضا ، لأن فى عزله فساد للناس على قضاتهم »(٢٦) .

مما سبق عرضه من نصوص يتضح لنا أن تعدد الشكوى من القاضى تعد مبررا لعزل القاضى فى الفقه الاسلامى ، اذا كانت الشكاوى ضد من لم يشتهر بالعدالة أما اذا كان القاضى مشهورا بالعدالة ، فلا تعد الشكوى مبررا لعزل القاضى ، حتى لا تكون الشكوى وسيلة لذم الصالحين لهذه الولاية ، ومع ذلك فان الشكوى ينبغى أن تكون وسيلة، وسببا فى البحث ، والتحرى ، فاذا ما ثبت مضمونها وجب الأخذبها (٢٧)

الفرع الثانى : عدم كفاءة القاضى كمبرر لعزله فى القانون

عدم كفاءة القاضى فى عمله ، من المبررات التى تؤدى الى عزله فى القانون الوضعى وهذا ما أشارت اليه المادة ١١٢ من قانون السلطة القضائية ونصها « يعرض وزير العدل على المجلس(٢٨) المشار اليه فى المادة ٩٨ أمر الرؤساء بالمحاكم الابتدائية والقضاة ومن فى درجتهم من رجال النيابة العامة الذين حصلوا أو يحصلون على تقريرين متواليين بدرجة أقل من المتوسط ، ويقوم المجلس بفحص حالتهم ، فاذا تبين صحة التقارير أو صيرورتها نهائية بالتطبيق لنص المادتين ٧٩ ، ٨١ قرر احالتهم الى المعاش أو نقلهم الى وظيفة أخرى غير قضائية » .

---

(٢٦) معين الحكام ص ٣٣ .

(٢٧) مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء ــ دكتوراه عبد الرحمن القاسم ص ١٤٠ .

(٢٨) مجلس التأديب الخاص بتأديب القضاة وعزلهم .

يفهم من هذا النص أن قضاة المحاكم الابتدائية ورؤساءها الذين تقل كفاءتهم ويحصلون على تقارير — تقريرين متواليين — بدرجة أقل من المتوسط ، يحق لمجلس التأديب — فى حالة صحة هذه التقارير — عزلهم من ولاية القضاء ، والسبب فى ذلك ، أن قضاة المحاكم الابتدائية فى القانون يخضعون فى الترقية لنظام التقارير التى تعدها ادارة التفتيش القضائى بوزارة العدل ، أما مستشارو محكمة النقض ، ومحاكم الاستئناف ، فيتم ترقيتهم الى المناصب الأعلى بدون تقارير ، وانما على أساس أهليتهم فى العمل القضائى مع مراعاة نظام الأقدمية(٢٩) .

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن عدم كفاءة القاضى الابتدائى ، أحد مبررات عزله فى القانون ، سواء تم العزل بالاقالة الى المعاش ، أو بالتحويل الى وظيفة أخرى غير قضائية .

والهدف من ذلك ، هو حث القاضى على عدم التراخى فى عمله ، وحمله على بذل كل جهده ، للوصول الى مركز أحسن(٣٠) ، وأن نظام الترقية فى سلم القضاء هو الوسيلة الأكثر ضمانا للتأكد من صلاحية شخص معين لتولى منصب قضائى أكثر تقدما ، وبالتالى أكثر مسئولية(٣١) .

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

من خلال عرضنا لآراء الفقهاء فى الفقه الاسلامى فيما يتعلق بجواز عزل الامام للقاضى للمصلحة وعزله للشكوى ، يتضح لنا أن مسلك المشرع الوضعى فيما يتعلق بجواز عزل القاضى لعدم كفاءته فى القانون

---

(٢٩) قانون المرافعات د. محمد عبد الخالق عمر ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ . ٢٣٤ مطبعة النهضة ١٩٧٨ — القانون القضائى د. نجيب — السابق ص ٢٧١

(٣٠) القانون القضائى — د. نجيب — السابق ص ٢٧١ .

(٣١) الوسيط فى قانون القضاء المدنى — د. فتحى والى ص ٢٠٠ ؟

يتشابه الى حد كثير مع ما قرره الفقهــاء ، من حق ولى الأمر فى عزل القاضى للمصلحة ، وذلك لأن عزل القاضى للمصلحة ، يحمل فى طياته عدم كفاءته ، وأن العزل لعدم الكفاءة ، يعد عزلا للمصلحة ، لأنه لو كان القاضى كفئا لمــا كانت هناك مصــلحة فى عزله ، وما تظــاهرت عليه الشكوى ، الا أن المشرع الوضعى يعاب عليه ، أنه قد جعل حق العزل لعدم الكفاءة مقصورا على فئة معينة من القضاة ، وهم قضــاة المحاكم الابتدائية ورؤساؤها فقط .

أما فى الفقه الاسلامى فان الامام له الحق فى عزل القاضى للمصلحة أيا انت مكانته ، طالت فترة ولايته للقضاء أو قصرت ، وهذا ان دل على شىء فانما يدل على أن الفقهاء كانوا أكثر وأشد حرصا على نزاهة القاضى وعدالته ، من المشرع الوضعى ، لأن عدم الــكفاءة كما تلحق بالقاضى الابتدائى ، فقد تلحق بالمستشار بالاســتئناف والنقض ــ أيضا ــ ، ومع ذلك لا يجيز المشرع عزلهم لعدم الكفاءة .

ومن هنا تبدو قيمة الفقه الاسلامى وحرص فقهــائه على اختيار أفضل العناصر ذات الصلاحية الكاملة لولاية هذا العمل الجليل .

المطلب الرابع

استقالة القاضى بارادته فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

الفرع الأول : فى الفقه الاسلامى

اذا تنحى القاضى برغبته واختياره عن ولاية القضاء ، فهل يمكن من ذلك أم لا ؟

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى تنحى القاضى بارادته واختياره — وهو ما يعرف بنظام الاستقالة من ولاية القضاء — الى رأيين :

الرأى الأول لجمهور الفقهاء(١) ويقولون : ان القاضى له الحق فى تقديم استقالته من ولاية القضاء ، وهذه الاستقالة تعد مبررا كافيا لعزله من منصبه ، بشرط ألا يكون متعينا للقضاء ، فان كان متعينا عليه حرم عزله .

الرأى الثانى : أن القاضى لا يجوز له عزل نفسه ولا تنحيته بارادته(٢) .

أدلة الفريقين ونصوصهم الفقهية :

(أ) استدل أنصار الرأى الأول بأن القاضى يجوز له عزل نفسه باختياره :

بأن المسلمين قالوا للخليفة الثالث عثمان بن عفان : اعزل نفسك ، فقال : لا أفعل ، فلو لم يملك هذا الحق لما امتنع عن تنفيذه(٣) ، وأن

---

(١) اعانة الطالبين — ج ٤ ص ٢٢٢ ، الفروع للمقدسى ج ٤٣٨/٦
— عيون الأزهار ص ٤٧١ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٩٤ .
— حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧ ، لسان الحكام ص ٢٢٤ .
— معين الحكام ص ٣٢ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ .
— منتهى الارادات ص ٥٧٦ ج ٢ ، روضة القضاة ص ١٤٩ .
— فتح العين ص ١٣٩ ، الاقناع للشربينى ج ٢ ص ٣٠٠ .
— نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٤٥ .
(٢) الفروع ج ٦ ص ٤٣٨ ، معين الحكام ص ٣٣
— لسان الحكام ص ٢٢٤ .
(٣) الفروع ج ٦ ص ٤٣٨ .

وولاية القضاء كالوكالة ، فهو عقد جائز من الطرفين ومن ثم فله أن يعزل نفسه متى شاء(٤) ٠

وهذا يدل على أن القاضى له أن يتنحى عن هذه الولاية برغبته ، وقيد بعض الفقهاء ممارسة هذا الحق بعدم تعين القضاء على القاضى ، والا حرم(٥) ٠

وأضاف بعض أنصار هـذا الرأى الى أدلتهم : أن أمر القضـاء شديد ، ولا يقدر على القيام بحقه الا من وفقه الله ـ تعالى ـ ، ومن ثم فان القاضى له الحق فى عزل نفسه قبل الشروع فى القضاء وبعده ، لأنه من العقود الجائزة من الطرفين(٦) ٠

وقد أورد أنصار هذا الرأى العديد من النصوص التى تفيد جواز عزل القاضى لنفسه منها :

فى الفقه الشـافعى :

جاء فى اعانة الطـالبين « له عزل نفسـه ما لم يتعين ، فان تعين لم ينعزل »(٧) ٠

وجاء فى أدب القضاء « ولو عزل نفسه اختيارا انعزل »(٨) ٠

وجاء فى فتح المعين : « وله عزل نفسه كالوكيل »(٩) ٠

---

(٤) أدب القضاء لابن أبى الدم للزحيلى ص ٩٢ ٠
(٥) اعانة الطالبين للسيد البكرى جـ ٤ ص ٢٢٣ ٠
(٦) حاشية الخرشى جـ ٥ ص ١٣٧ ٠
(٧) اعانة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٢ ٠
(٨) أدب القضاء للزحيلى ص ٩٥ ٠
(٩) فتح المعين ص ١٣٩ ٠
ـ ومثال ذلك فى نهاية المحتاج جـ ٨ ص٤٤٥ ، الاقناع جـ٢ ص٣٠٠

فى الفقه الزيدى :

جاء فى عيون الأزهار « وله عزل نفسه فى وجه من ولاه »(١٠) .

فى الفقه المالكى :

جاء فى حاشية الخرشى « للقاضى عزل نفسه اختيارا قبل الشروع فى القضاء وبعده ، لأن أمر القضاء شديد ولا يقدر عليه الا من وفقه الله — تعالى — ، وهو من العقود الجائزة من الطرفين »(١١) .

وفى التبصرة « وأما عزل نفسه اختيارا لا لعجز ولا لعذر،فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك قياسا على الوكيل ، لكن ينبغى أن يلتفت فى عزل نفسه ، هل تعلق لأحد حق بقضائه ، حتى يكون انعزاله ضررا لمن التزم القضاء بينه وبين خصمه فيمنع من ذلك »(١٢) .

فى الفقه الحنفى :

جاء فى معين الحكام « وأما عزل نفسه اختيارا لا عجزا ، فالظاهر عند بعض العلماء أنه يمكن من ذلك »(١٣) .

وجاء فى لسان الحاكم « القاضى اذا قال عزلت نفسى وسمع السلطان ينعزل كما فى الوكيل ، أما بدون سماع السلطان فلا »(١٤) .

وجاء فى الروضة «وتبطل ولايته اذا عزل نفسه هو عن القضاء»(١٥)

---

(١٠) عيون الأزهار ص ٤٧١ .
(١١) حاشية الخرشى ج ٥ ص ١٣٧ .
(١٢) التبصرة ج ١ ص ٧٨ .
(١٣) معين الحكام ص ٣٣ .
(١٤) لسان الحكام ص ٢٢٤ .
(١٥) روضة القضاة للسمنانى ص ١٤٩ .

فى الفقه الحنبلى :

جاء فى منتهى الارادات « ومن عزل نفسه انعزل »(١٦) ٠

هذه النصوص الفقهية تدل على أن القاضى له الحق فى تقديم استقالته بارادته ، على الرغم من تقييد بعض الفقهاء لهذا العزل ، بعدم تعيين القضاء على القاضى كشرط لعزله ، وعلم السلطان بهذا العزل عند البعض الآخر ، احتجاجا بأنه موكول الى عمل يحرم عليه اضاعته ، وعلى الامام أن يعفيه اذا وجد غيره فيتم عزله باستعفائه واعفائه ولا يتم بأحدهما(١٧) ٠

(ب) أدلة الرأى الثانى ونصوصه :

استدل أصحاب الرأى الثانى القائلين بأن القاضى ليس من حقه تقديم استقالته بارادته بقولهم : ان القاضى نائب عن العامة ، وحق العامة متعلق بقضائه ، فلا يملك عزل نفسه (١٨) ٠

كما استدلوا — أيضا — بأن الرسول لا يجوز له عزل نفسه عن الرسالة ، فكذلك القاضى لأنه يفضى الى تأخير استيفاء الحقوق ، والى اسقاط الحدود ، لأن الحد عند أبى حنيفة لا يجب فى دار خلت من أمام، ولأن أبا بكر لو ملك عزل نفسه لما سأل المسلمين عن ذلك(١٩) ٠

من النصوص الفقهية المؤيدة لهذا الرأى :

جاء فى معين الحكام « لا ينعزل بعزل نفسه ، لأنه نائب عن الأمة

---

(١٦) منتهى الارادات ج ٢ ص ٥٧٦ ٠

(١٧) تاريخ القضاء عرنوس ص ١٧٠

(١٨) لسان الحكام ص ٢٢٤ ٠

(١٩) كتاب الفروع لابن مفلح ج ٦ ص ٤٣٩ ٠

وحق العامة متعلق بقضائه ، فلا يملك عزل نفسه »(٢٠) .

الرأى الراجح :

وبعد أن استعرضنا آراء الفقهاء ، فيما يتعلق بأحقية القاضى لتقديم استقالته بارادته فى الفقه الاسلامى وعدمه ، يتضح لنا وجاهة الرأى الأول بأن استقالة القاضى بارادته تعد مبررا لعزله ، الا أن استعمال هذا الحق يجب ألا يكون مطلقا ، وانما يجب أن يكون محاطا ببعض الضمانات التى تهدف الى تحقيق مصلحة المسلمين .

من هذه الضمانات ما يلى :

(أ) يجب أن يكون هناك من يصلح للقضاء غيره ، حتى تكون الاستقالة مقبولة وتبرر تنحيه عن ولاية القضاء،حتى لا تتعطل الأحكام، لأن مصلحة المسلمين مقدمة على مصلحة القاضى .

(ب) ألا يتعلق بقضائه حق للغير ، منعا لضياع الحقوق على بعض المتخاصمين .

(جـ) أن يتم قبول الاستقالة من الامام أو من ينيبه الامام فى ذلك .

فاذا ما تحققت هذه الضمانات ، كانت استقالة القاضى بارادته مبررا لعزله ، واذا انتفت فلا يقبل من القاضى عزل لنفسه ، لأن المصلحة العامة للمسلمين مقدمة على مصلحة القاضى الخاصة .

---

(٢٠) معين الحكام ص ٣٣ .
ـ لسان الحكام ص ٢٢٤ .
ـ مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء ص ١٤٥ .

الفرع الثانى : استقالة القاضى فى القانون كبرر لعزله

يرتبط مبدأ عدم قابلية القاضى للعزل ، بجواز استقالته فى أى وقت ، وقد تضمنت المادة ٢/٧٠ سلطة قضائية النص على أن استقالة القاضى بارادته ، تعد من مبررات عزله ، ونصها « وتعتبر استقالة القاضى مقبولة ، من تاريخ تقديمها لوزير العدل ، اذا كانت غير مقترنة بقيد أو معلقة على شرط » •

يفهم من النص المذكور أن القاضى من حقه أن يقدم استقالته باختياره ، فى أى وقت يراه مناسبا بالنسبة له ، وتعتبر هذه الاستقالة من تاريخ تقديمها لوزير العدل مقبولة طالما كانت غير مقيدة بقيد ولا مقترنة بشرط(٢١) •

أما اذا كانت مقيدة بقيد أو معلقة على شرط ، فلا تعتبر مقبولة من تاريخ تقديمها ، وانما يرجع فى ذلك الى الأصل العام المقرر فى نظام موظفى الدولة(٢٢) •

كما تضمنت المادة ٢/٧٧ سلطة قضائية — أيضا — أن القاضى يعتبر مستقلا اذ ا انقطع عن عمله ثلاثين يوما بدون اذن ، ولم يتقدم بعذر مقبول ، ولو كان ذلك بعد انتهاء مدة اجازته أو اعارته أو ندبه لغير عمله(٢٣) •

---

(٢١) قانون المرافعات د• محمد عبد الخالق ص ٢٣٠ •

(٢٢) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بتعديل أحكام قانون السلطة القضائية المرفق بتشريعات السلطة القضائية للمستشار يحيى الرفاعى ص ١٨٢ •

(٢٣) محمد عبد الخالق — السابق ص ٢٣١ •

فاذا تقدم القاضى بعذر مقبول يبرر هذا الغياب فلا يعد القاضى مستقيلا ، هذا فيما يتعلق باستقالة القاضى الاختيارية ، أو استقالته بارادته فى القانون •

أما ما يعرف بنظام الاحالة الى المعاش عند بلوغ السن القانونية ، فذلك يعتبر استقالة اجبارية للقاضى ، بمعنى أنه كل من يصل الى الحد المقرر ، يعزل من وظيفته القضائية ، وقد أشارت المادة ٦٩ سلطة قضائية الى سن الاحالة للمعاش ونصها « استثناء من أحكام قوانين المعاشات لا يجوز أن يبقى فى وظيفة القضاء أو يعين فيها من جاوز عمره ستين سنة ميلادية ، ومع ذلك اذا كان بلوغ القاضى سن التقاعد فى الفترة من أول أكتوبر الى أول يوليو ، فانه يبقى فى الخدمة حتى هذا التاريخ دون أن تحتسب هذه المدة فى تقدير المعاش أو المكافأة »

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه والقانون الوضعى

مما سبق عرضه من آراء لفقهاء الشريعة الاسلامية ، ونصوص قانونية فيما يتعلق بجواز استقالة القاضى بارادته يتضح لنا : أن مبدأ جواز استقالة القاضى بارادته من المبادىء التى طبقت فى النظامين الوضعى والاسلامى • وان كان هناك بعض الخلاف فى القواعد التى تحكم هذه الاستقالة منها ما هو وارد فى الفقه الاسلامى كضرورة علم السلطان بالاستقالة وقبولها ، وعدم تعيين القضاء على القاضى كشرط لقبول الاستقالة ، ومنها ما هو وارد فى القانون الوضعى كضرورة أن تكون غير مقيدة ، ولا معلقة على شرط كشرط لقبولها يوم تقديمها •

غاية ما فى الأمر أن المبدأ فى النظامين قد طبق ، وتعتبر الاستقالة مبررا لعزل القاضى فى الفقه والقانون، أما الخلاف فى القواعد التنظيمية فله ما يبرره ، وهو أن كل نظام له أن يضع القواعد التى يراها مناسبة لتحقيق الأهداف التى يبغيها هذا النظام والتى تتلاءم مع أفراد أمته •

والخلاف الذى نراه حقيقيا بين الفقه والقانون هو التحديد الوارد فى القانون الوضعى لسن الاحالة للمعاش وتحديده بستين عاما ميلادية، هذا التحديد لم تعرفه الأنظمة القضائية فى الفقه الاسلامى ، وذلك لأن أهلية القاضى فى الفقه ليس لها حد أقصى ، وانما كان هناك معيار شرعى تمثل فى الصلاحية الكاملة لهذه الولاية ، فما دام القاضى متمتعا بالصلاحية الكاملة لهذا العمل ، فلا يجوز عزله لكبر سنه .

ومن ثم فان كبر السن لا يعتبر من مبررات عزل القاضى فى الفقه الاسلامى ، ولا يعد ذلك قصورا فى أحكام الفقه الاسلامى وقواعده ، لأن العبرة فى ممارسة هذه الولاية بالأهلية والصلاحية ، ومن ناحية الأهلية أو الصلاحية فقد أولاها الفقهاء عناية فائقة بحيث لا يستطيع باحث من الباحثين أن يثبت أن أى نظام قضائى حديث أو قديم قد فاق عناية الفقهاء بشخص القاضى وأهليته ، فان دل هذا على شىء ، فانما يدل على مدى صلاحية الفقه الاسلامى وأحكامه لكل عصر من العصور، وأن الشريعة الاسلامية شريعة متطورة ذات صلاحية كاملة فى الماضى والحاضر والمستقبل .

نتائج البحث

النتيجة الأولى : اخلال القاضى بواجبات وظيفته كمبرر لعزله فى القانون ، يتفق الى حد كبير مع اعتبار الفسق كمبرر لعزل القاضى فى الفقه الاسلامى .

النتيجة الثانية : عدم كفاءة القاضى كمبرر لعزله فى القانون ، يتفق مع حق الامام فى عزل القاضى للمصلحة والشكوى منه فى الفقه الاسلامى .

النتيجة الثالثة : المرض أو العجز مبرر كاف لعزل القاضى فى القانون الوضعى وأحكام الفقه الاسلامى — من حيث المبدأ — مع

تمييز أحكام الفقه الاسلامى عن القانون الوضـــعى فيما يتعلق بهذه النتيجـــة ، لأن المرض أو العجز مبرر لعزل القاضى فى الفقه بلا قيـــد ولا شرط ، أما فى القانون فهو مبرر ان أدى المرض أو العجز بالقاضى الى الاخلال بالقيام بآداء الواجب على الوجه اللائق •

النتيجة الرابعة : اتفاق القـــانون مع الفقه الاســـلامى فى جوازا تنحى القاضى بارادته من ولاية القضاة مطلقا فى القانون ، وبشرط عدم تعيين القضاء على القاضى عند بعض الفقهاء ، وقبول الامام للاستقالة عند البعض •

النتيجة الخامسة : استقلال القانون فى القول بعزل القاضى عند بلوغه سن الستين ، وعدم الاشارة لذلك فى الفقه ، لأن ضابط الصلاحية فى الفقه مقرون بكمال الأهلية ، دون التقيد بسن معينة •

النتيجة السادسة : صلاحية أحكام الفقه الإسلامى للتطبيق فى كل زمان ومكان •

مراجـع البحث

اولا :

١ ـ القرآن الكريم .

ثانيا : كتب الفقه :

(أ) فى الفقه المـالكى :

٢ ـ تبصرة الحكام لابن فرحون فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام . ـ طبعة الحلبى الأخيرة ١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨م .
٣ ـ شرح الزرقانى على مختصر خليل ـ مطبعة محمد افندى بمصر .
٤ ـ فتح الرحيم على فقه الامام مالك بالأدلة للشقنقيطى ـ طبعة أولى ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م دار الطباعة المحمدية .
٥ ـ الفواكه الدوانى للنفراوى ـ الطبعة الثالثة ـ الحلبى ١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٥م .
٦ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى ـ طبع المكتبة التجارية .
٧ ـ الشرح الصغير للدردير ـ طبع مطـابع الشركة المصرية للطبـاعة والنشر ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م .
٨ ـ حاشـية الخرشى على مختصر خليل ـ المطبعة العـامرة الشرفية سنة ١٣١٧هـ .
٩ ـ الدسوقى على الشرح الكبير ـ المطبعة الخيرية ١٣٢٤هـ .

(ب) الفقه الشـافعى :

١٠ ـ نهاية المحتاج للرملى ـ طبعة الحلبى .

١١ ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووى ، تحقيق زهير الشاويش ـ مطبوعات المكتب التجارى الاسلامى ـ بيروت ـ طبعة ثانية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م •

١٢ ـ الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للخطيب ـ مطبعة دار احياء الكتب العربية •

١٣ ـ الأحكام السلطانية للماوردى ، الحلبى ـ الثالثة ـ ١٣٩٣هـ •

١٤ ـ فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب للأنصارى ـ طبعة عيسى الحلبى.

١٥ ـ فتح المعين بشرح قرة العين للمليبارى ـ دار احياء الكتب العربية •

١٦ ـ أدب القضاء لابن أبى الدم ـ تحقيق محيى هلال السرحان ـ مطبعة الارشاد / بغداد ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م ، طبعة أخرى تحقيق محمد مصطفى الزحيلى ـ دار الفكر ـ دمشق طبعة ثانية ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م •

١٧ ـ مغنى المحتاج للخطيب ـ طبعة الحلبى ـ ١٣٥٢هـ ـ ١٩٣٣م •

١٨ ـ اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للسيد البكرى ـ طبعة عيسى الحلبى •

١٩ ـ حاشية البيجرمى على المنهج للأنصارى ـ طبعة أخيرة ١٣٦٩هـ ـ ١٩٥٠م الحلبى •

(جـ) الفقه الحنفى :

٢٠ ـ معين الحكام للطرابلسى ـ طبعة ثانية ـ الحلبى ـ ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م

٢١ ـ لسان الحكام لابن الشحنة ـ طبعة ثانية ـ الحلبى ـ ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م •

٢٢ ـ حاشية ابن عابدين ـ طبعة ثانية ـ ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م ـ الحلبي .

٢٣ ـ درر الحكام في غرر الأحكام لمنلاخسرو ـ مطبعة أحمد كامل ـ دار السعادة ١٣٢٩هـ .

٢٤ ـ شرح فتح القدير على الهداية للمرغيناني ـ طبعة الحلبي .

٢٥ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ـ الطبعة الأولى ـ المطبعة العلمية .

٢٦ ـ بدائع الصنائع للكاساني ـ طبعة ثانية ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

٢٧ ـ الاختيار لتعليل المختار للموصلي ـ طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ـ ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩ م

٢٨ ـ روضة القضاة وطريق النجاه للسمناني ـ تقديم صلاح الناهي ـ طبع دار الفرقان ، عمان ـ الثانية ـ ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م .

(د) الفقة الحنبلي :

٢٩ ـ المغني لابن قدامة ـ تحقيق سالم محيسن وشعبان محمد اسماعيل ـ طبع الكليات الأزهرية .

٣٠ ـ منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار ـ تحقيق عبد الغني عبد الخالق ـ طبع عالم الكتب .

٣١ ـ القواعد للحافظ بن رجب ـ دار المعرفة ـ بيروت .

٣٢ ـ الاختيارات الفقهية لابن تيمية ـ اشراف عبد الرحمن حسن محمود ـ نشر المؤسسة السعيدية بالرياض .

٣٣ ـ كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ـ تعليق هلال مصيلحي مصطفى هلال ـ مكتبة النصر الحديثة بالرياض

٣٤ ـ الفروع لابن مفلح ـ مراجعة عبد الستار فـراج ـ طبعة عالم الكتب ـ بيروت ـ ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م ٠

(هـ) في الفقه الظاهري :

٣٥ ـ المحلى لابن حزم ـ طبعة دار الفكر بيروت ـ تحقيق أحمـد محمد شاكر ـ منشورات المكتب التجاري ـ بيروت ٠

(و) في فقه الشيعة :

أولا : الفقه الاباضي :

٣٦ ـ شرح كتاب النيل وشفاء العليل لابن أطفيش ـ مكتبة الارشـاد السعودية ـ ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م ٠

ثانيا : في الفقه الامامي :

٣٧ ـ شرائع الاسلام في مسـائل الحلال والحرام للحلي ـ طبعـة دار الأضواء ـ طبعة ثانية ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م ٠

ثالثا : في الفقه الزيدي :

٣٨ ـ عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهـار لأحمد بن يحيى المرتضى ـ تعليق الشيخ صـادق مرسي ـ طبعة دار الكتـاب اللبنـاني ـ ١٩٧٥ ـ الطبعة الأولى ٠

ثالثا : المراجـع اللغـوية :

٣٩ ـ القاموس المحيط للفيروزابادي الحلبي ٠

٤٠ ـ لسان العرب لابن منظور ـ طبعة دار المعارف ٠

٤١ ـ تاج العروس من جواهر القـاموس للزبيدي ـ المطبعة الخيرية ـ ١٣٠٦هـ ٠

٤٢ ـ التعريفات للجرجاني ـ مكتبة لبنان ـ ساحة رياض الصلح ـ بيروت ١٩٨٥م ٠

٤٣ ـ المصباح المنير للفيومي ـ المكتبة العلمية ـ بيروت ٠

رابعا : المراجع القانونية :

٤٦ ـ القانون القضائي الخاص ـ د/ ابراهيم نجيب ـ دار المعارف ٠

٤٧ ـ الوسيط في قانون القضاء المدني ـ د/ فتحي والي ـ طبعة ثانية ـ ١٩٨١م ٠

٤٨ ـ قانون القضاء المدني ـ د/ محمود هاشم ـ دار الفكر العربي ٠

٤٩ ـ الوسيط في شرح قانون المرافعات ـ د/ أحمد السيد صاوى دار النهضة ١٩٨٧م ٠

٥٠ ـ الوجيز في قانون القضاء المدني ـ د/ محمد نور شحاته ـ بدون مطبعة ٠

٥١ ـ استقلال القضاء ـ د/ محمد نور شحاته ـ دار النهضة ٠

٥٢ ـ حرية الدفاع ـ المستشار طه أبو الخير ـ طبعة أولى ١٩٧١ ـ منشأة المعارف ٠

٥٣ ـ الوجيز في المرافعات المصرية د/ عبد الفتاح السيد ـ طبعة النهضة الثانية ١٩٥٧م ٠

٥٤ ـ الوجيز في قانون المرافعات د/ رمزي سيف ـ مطبعة النهضة ـ ١٩٥٧ م ٠

٥٥ ـ أصول المرافعات ـ د/ نبيل اسماعيل عمر ـ نشر منشأة المعارف ٠

٥٦ ـ المرافعات المدنية والتجارية د/ عبد الحميد أبو هيف ـ مطبعة الاعتماد ـ ١٣٤٠هـ ١٩٢١م ٠

٥٧ ـ قانون المرافعات د/ محمد عبد الخالق عمر ـ دار النهضة ١٩٧٨م

٥٨ ـ قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م ٠

٥٩ ـ تشريعات السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ـ تعليق المستشار /' يحيى الرفاعى ٠

خامسا : مراجع فقهية حديثة :

٦٠ ـ أهلية القاضى ونزاهته فى الشريعة الاسلامية د/ عبد الرحمن عبد القادر ـ مكتوبة على الآلة الناسخة لطلبة الدراسات العليا ـ حقوق أسيوط ٠

٦١ ـ التنظيم القضائى فى الفقه الاسلامى /' محمد مصطفى الزحيلى ـ دار الفكر ـ دمشق ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م ٠

٦٢ ـ نظام القضاء فى الاسلام د/ ابراهيم عبد الحميد ـ مذكرات على الآلة الناسخة ٠

٦٣ ـ التنظيم القضائى الاسلامى د/ حامد أبو طالب ـ طبعة أولى ـ ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م مطبعة السعادة ٠

٦٤ ـ تاريخ القضاء فى الاسلام /' محمود عرنوس ـ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ٠

سادسا : رسائل علمية :

٦٥ ـ رسالة دكتوراه « مدى حق ولى الأمر فى تنظيم القضاء » د/ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم ـ مقدمة لكلية حقوق القاهرة ١٩٧٣م ٠

٦٦ ـ « استقلال السلطة القضائية فى النظامين الوضعى والاسلامى » رسالة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق عين شمس من يس عمر يوسف ـ ١٩٨٤م ٠

شهادة النساء مراتبها ونصابها

دراسة فقهية مقارنة

دكتور / الليثى حمدى خليل الليثى
مدرس بقسم الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

تقديم :

الحمد لله الذى أمرنا بشادة الحق ، وبقول الصدق « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين »(١) « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى(٢) ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ، ومن تبعهم باحسان وتوفيق الى يوم المشهد العظيم — وبعد : —

فنظرا لأهمية الشهادة ، وصعوبة الاستغناء عن شهادة المرأة — اذ فى هجرها ضياع لكثير من الحقوق — بل تحتم ضرورات الحياة اعتبارها والعمل بها ، وفى ذلك نفع عميم ، فقد استخرت الله تعالى ، واستعنت به ، فى القاء الضوء على هذا الموضوع ، وتناولته فى الخطوات التالية :

معنى الشهادة وأهميتها — شهادة النساء أصل — مراتب شهادة المرأة — نصاب هذه الشهادة — شهادة النساء ويمين المدعى .

---

(١) النساء : ١٣٥ .
(٢) المائدة : ٨ .

أولا ــ معنى الشهادة :

هى فى اللغة(٣) : أصلها الحضور ، من قولهم شـــهد المكان أى حضره ، والمشاهدة : المعاينة مع الحضور ، فهى خبر قاطع بما حضر وعاين .

وقيل : هى مأخوذة من العلم ، لقوله تعالى (شهد الله أنه لا اله الا هو) (٤) بمعنى علم وبين ، كأن الشاهد يبين ما يوجب حـــكم القاضى .

وتسمى الشهادة : بينة ، لأنها تبين ما التبس ، وتكشف الحـــق فيما اختلف فيه .

وفى الاصطلاح :

هى اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة فى مجلس القضاء (٥)
ولها تعريفات أخرى كثيرة ، لا تخرج عن كونها : اخبار عمـــا علم بلفظ الشهادة .

---

(٣) لسان العرب لابن منظور ، ط دار المعـــارف ، مادة : شهد ، القاموس المحيط للفيروزآبادى ، ط الحلبى ، ط ثانية ١٩٥٢م ٣١٦/١ ، النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطـــال الركبى ٣٢٤/٢ ، ط دار المعرفة ــ ط ثانية ١٩٥٩م .

(٤) آل عمران : ١٨ .

(٥) فتح القدير للكمال بن الهمام ٣٦٤/٧ ط دار الفكر ــ بيروت ــ لبنـــان ، اللبـــاب فى شرح الكتاب : عبـــد الغنى الغنيمى ٦٠/٣ ط المعاهد الأزهرية .

مشروعيتها :

الشهادة مشروعة والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع والمعقول.

١ ــ فمن الكتاب : آيات كثيرة منها :

(أ) قوله تعالى « وأشهدوا اذا تبايعتم » (٦) .

(ب) وقوله سبحانه « وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (٧) .

(جـ) قوله عز وجل « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (٨) .

وجه الدلالة من النصــوص الكريمة واضح : للامر بها ، والأمر يقتضى طلب الفعل ، والحق تعالى لا يطلب منا الا ماهو مشروع لنا .

٢ ــ ومن السنة : نقتطف الآتى :

(أ) عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل : ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشــــهد أو دع (٩) .

(ب) روى مسلم فى صحيحه عن زيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ هو الذى يأتى

---

(٦) البقرة : ٢٨٢ .

(٧) الطلاق : ٢ .

(٨) البقرة : ٢٨٢ .

(٩) سبل السلام : للصنعانى ٤/١٣٠ ط الحلبى ، ط رابعة ١٩٦٠م

بالشهادة قبل أن يسألها » وفى رواية لأحمد « الذين يبدؤن بشهادتهم من غير أن يسئلوا عنها » (١٠) • ى ك

(ج) عن الأشعث بن قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر ، فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « شاهداك أو يمينه » (١١) •

من جملة هذه الأحاديث — وغيرها كثير — تظهر مشروعية الشهادة ، اذ بينت مكانتها ، وكذلك توقف الحكم عليها •

٣ — وجمع الفقهاء على مشروعية الشهادة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا دون نكير من أحد (١٢) •

٤ — والمعقول يشهد لها ، لأن الحاجة داعية اليها ، لحصول التجاحد بين الناس ، فوجب الرجوع لها ، خوف فوات الحق وضياع العدل واستحكام الظلم ، قال شريح : القضاء جمر فنحه عنك بعودين — يعنى الشاهدين — وانما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فأفرغ الشفاء على الداء (١٣) •

---

(١٠) المصدر السابق ١٢٦/٤ ، نيل الأوطار : للشوكانى ٢٩٦/٨ الناشر : مكتبة الدعوة الاسلامية — شباب الأزهر •

(١١) المرجع السابق ٣٠٢/٨ •

(١٢) المغنى لابن قدامة ٤/١٢ ط دار الفكر — لبنان — ط أولى عن وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت ١٩٨٤م ، الشرح الكبير : لشمس الدين بن قدامة ٣/١٢ مطبوع أسفل المغنى السابق ، مغنى المحتاج : الشربينى الخطيب ٤٢٦/٤ ط الحلبى ١٩٥٨م •

(١٣) المغنى والشرح الكبير ٤/١٢ •

أهمية الشهادة وخطورتها :

من وجه المعقول السابق تظهر لنا أهمية الشهادة ومكانتها ، لذلك دعا الله تعالى لتحملها وآدائها « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » (١٤) ، بل حكم بالاثم على كاتمها « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » (١٥) وخص القلب بالاثم ؛ لأنه موضع العلم بها ، ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات .

لذا : نهى الحق تعالى عن ايقاع الضرر بالشهود « ولا يضار كاتب ولا شهيد » (١٦) ، بل أمر النبى صلى الله عليه وسلم باكرام الشهود — اظهارا لمكانة الشهادة ، وكونها من أعلى وسائل الاثبات(١٧) وبها يستخرج الحق ويدفع الظلم — فقال « أكرموا الشهود ، فان الله يستخرج بهم الحقوق ؛ ويدفع بهم الظلم » (١٨) ، والمراد بهم شهود الصدق .

أما شهادة الكذب فهى من أكبر الكبائر ، وشهود الزور جزاؤهم النار — اذ بأقوالهم يختل ميزان العدل ، وينتشر الظلم ، وتضيع الطمأنينة من القلوب — روى البخارى ومسلم فى حديث أبى بكرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ، قلنا بلى يا رسول الله ، قال : الاشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان متكئا

---

(١٤) البقرة : ٢٨٢ .
(١٥) البقرة : ٢٨٣ .
(١٦) البقرة : ٢٨٢ .
(١٧) ولا يتقدمها فى ذلك سوى الاقرار ، باعتباره سيد الأدلة .
(١٨) المقاصد الحسنة فى بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة : للسخاوى ص٧٨ ط الخانجى بمصر .

فجلس وقال : ألا وقول الزور ، وشهادة الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت » (١٩) .

وروى ابن ماجة عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لن تزول قدم شاهد الزور حتى يوجب الله له النار » (٢٠) .

ثانيا ـ شهادة النساء أصل لا بدل :

شهادة المرأة ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول ، ولم يخالف أحد من الفقهاء فى مشروعيتها جملة .

لكن هل شهادتها أصل ، أم بدلية حالة عدم حضور الرجال ؟

أقوال للفقهاء (٢١) :

١ ـ ذهب بعض العلماء : الى أنها بدلية حقيقة ، لا تقبل الا عند عدم رجال يشهدون ، لظاهر قوله تعالى « فان لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان » (٢٢) فالآية ظاهرة أنه لا تقبل شهادتين الا حالة عدم ذكور يشهدون .

ولأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية ، فكانت شهادتهن بدلية ليست أصلية .

---

(١٩) نيل الأوطار ٢٩٩/٨ .
(٢٠) المصدر السابق نفس الصفحة .
(٢١) الهداية للميرغينانى ، فتح القدير ، العناية على الهدايه للبابرتى ٣٦٩/٧ : ٣٧٤ ، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ص ١٦٠ ، ١٧١ ط المدنى للطباعة والنشر ، الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى ٣٩١/٣ ط دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان .
(٢٢) البقرة : ٢٨٢ .

٢ ــ وذهب عدد من الفقهاء : الى أن فيها شــبهة البدلية ، لقوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » ، فظاهر الآيـــة أنه لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون ، لكن لمـا لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع ، نزلت الى شبهة البدلية ، ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة •

٣ ــ وذهب فريق ثالث : الى أن شهادة النساء أصل (٢٣) ، بدليل جوازها مع امكان العمل بشهادة الرجلين ، ولأن الأصل فيهــا القبول لاستوائها مــع الرجل فى حصول ما تقوم به الشهادة ، وهو المشاهدة والأداء •

ولعموم قوله تعالى « وأشهدوا اذا تبايعتم » وقوله « ولا يأب الشهداء اذا مادعوا » وقوله « ولا تكتموا الشهادة » وقوله سبحانه « وأقيموا الشهادة لله » فعموم هذه النصوص تشملها ، وهن ضمن من أمر بعدم الامتناع حين الدعوة للشهادة ، وبعدم كتمانها ، وكيف يطالبن باقامة الشهادة لله ، وتكون شهادتهن ليست أصلا •

قال البابرتى : عن شهادة النساء : فانها جائـــزة ، مع امكان العمل بشهادة الرجلين •

ورد الكمال بن الهمام على من جعل شهادة النساء بدلية ، ولاتصح الا عند عدم رجال يشهدون ، فقال : لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع •

الراجح :

ونميل لهذا القول الأخير باعتبار شهادة النساء أصــلا ــ نعم

---

(٢٣) فى الأمور التى تقبل فيها ، سواء مع رجل أو بدونه ، حسب أقوال الفقهاء فى ذلك •

شهادة الرجل أقوى الطرق وأولاها ، لأن النساء يتعذر غالبا حضورهن مجالس الحكام ، ومكانهن البيت ، ويقل ضبطهن ، لذا قدم الحق تعالى الرجال « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » لتوافر الرجال فى كل مكان ، غالبا ، وعدم الحرج لهم ، وأخر النساء « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » لما ذكرنا ، وليس لكون شهادتهن بدلية ـــ وتصح مع امكان العمل بشهادة الرجلين ، واستظهر ذلك كثير من العلماء :

قال ابن القيم : بعد أن أورد قول الله تعـــالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٢٤) ـــ فان قيل : فظاهر القرآن يدل على أن الشاهد والمرأتين بـــدل عن الشاهدين ، وأنه لا يقضى بهما الا عند عدم الشاهدين .

قيل : القرآن لا يدل على ذلك ، فان هذا أمر لأصحاب الحقوق بما يحفظون به حقوقهم ، فهو سبحانه أرشدهم الى أقوى الطرق ، فان لم يقدروا على أقواها انتقلوا الى ما دونها ، فان شهادة الرجل الواحد أقوى من شهادة المرأتين ، لأن النساء يتعذر غالبا حضورهن مجالس الحكام ، وحفظهن وضبطهن دون حفظ الرجال وضبطهم ، ولم يقــل سبحانه : أحكموا بشهادة رجلين ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ـــ ثم أضاف ـــ فالرجل والمرأتان أصل لا بدل .

وقال القرطبى : المعنى ان لم يأت الطالب برجلين ، فليأت برجل وامرأتين ، وهذا قول الجمهور ..... وقال قوم : بل المعنى فان لم يكن رجلان ، أى لم يوجدا فلا يجوز استشهاد المرأتين الا مع عــدم الرجال ، قال ابن عطية : وهذا ضعيف ، فلفظ الآية لا يعطيــه ، بل الظاهر منه قول الجمهور ، أى أن لم يكن المستشهد رجلين ، أى ان

---

(٢٤) البقرة : ٢٨٢ .

أغفل ذلك صاحب الحق ، أو قصده لعذر ما ، فليستشهد رجلا والمرأتين ، فجعل تعالى شهادة المرأتين مع الرجل جائزة مع وجود الرجلين .

لذا : فالأولى القول بأن شهادة النساء أصل — وليست بدلا — وتصح شهادة المرأتين مع الرجل ، مع توافر الرجال ، والله أعلم بالصواب .

ثالثا — مراتب شهادة النساء (٢٥) :

المرتبة : هى الدرجة أو المكان الذى يشغله الانسان ، أو العمل الذى يؤديه ، حسب كفاءته ، وقدرته على القيام به .

ومرتبة أى شيء لا تخرج عن كونها : عليا ، أو مرتبة دنيا ، ووسط بينهما .

وشهادة النساء على هذه المراتب الثلاث ، وبيانها كالآتى :

١ — الأولى : العليا :

وهى قبول شهادة النساء منفردات — دون جنس الرجال معهن — وذلك فى الأمور الخاصة بهن كالولادة والاستهلال

---

(٢٥) الهداية وشروحها ٣٦٩/٧ : ٣٧٤ : بداية المجتهد : لابن رشد الحفيد ٤٣٨/٢ توزيع دار الفكر — القاهرة ، مغنى المحتاج ٤٤٢/٤ المهذب للشيرازى ٣٣٣/٢ ط دار المعرفة — لبنان ١٩٥٩م ، كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ٤٣٦/٦ ط عالم الكتب — لبنان ، المغنى والشرح الكبير ١٦/١٢ ، المحلى لابن حزم ٣٩٦/٩ ط دار التراث القاهرة الطرق الحكمية ص١٦٣ ، الأزهار : المهدى المرتضى ص٤٣٧ ط دار الكتاب اللبنانى ، شرائع الاسلام للمحقق الحلى ٢٣٧/٢ منشورات دار مكتبة الحياة .

وعيوب النساء تحت الثياب ، وكل ما لا يطلع عليه الرجال ، وهذا قول جمهور الفقهاء (٢٦) ، قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى قبول شهادة النساء المنفردات فى الجملة .

وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قبل شهادة امرأة واحدة فى الرضاع ، اذ روى أحمد والبخارى عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، فنهاه عنها ، وفى رواية « دعها عنك » (٢٧) .

وقال صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه » (٢٨) .

وصح عن شريح : أنه أجاز شهادة أربع نسوة منفردات على رجل فى صداق امرأة .

وأجاز سيدنا عمر شهادة أربع نسوة فى الطلاق وقضى بها ، وصح عن اياس بن معاوية : قبول امرأتين فى الطلاق ، وفى رواية عن سيدنا على : أن امرأة وطئت صبيا ، فشهد عليها أربع نسوة ، فأجازا

---

(٢٦) وفى رواية عن سيدنا على بن أبى طالب قال : لاتجوز شهادة النساء بحتا حتى يكون معهن رجل ، وصح ذلك عن عطاء بن أبى رباح وعمر بن عبد العزيز ، ونسب ذلك ابن حزم الى زفر من الحنفية ، حيث جاء فى المحلى : فقال زفر صاحب أبى حنيفة : لايجوز قبول النساء المنفردات دون رجل فى شىء أصلا ، لا فى ولادة ولا فى رضاع ولا عيوب النساء ، ولا فى غير ذلك ، وأجازهن مع رجل فى الطلاق والنكاح والعتق (الطرق الحكمية ص١٦٣ ، المحلى لابن حزم ٣٩٦/٩) .

(٢٧) نيل الأوطار ٣١٩/٦ .

(٢٨) نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية للزيلعى ٨٠/٤ .

شهادتهن ، وفى رواية عن عطاء أنه قال : لو شهد عندى ثمـان نسوة على امرأة بالزنى لرجمتها ، وصح ذلك عن ابن حزم (٢٩) •

٢ ـ الثانية ـ الوسطى :

وهى قبول شهادة النساء مع الرجال ، وذلك فى الحقوق المالية ، وكل ما يقصد به المال ، كالبيع والاجارة والهبة والوصـية والرهـن والضمان ، وكل ما شابه ذلك (٣٠) ؛ على أن تقوم شهادة كل امرأتين مقام شهادة رجل واحد ، لقوله تعالى : « واستشهدوا شـهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتـان ممن ترضـون من الشهداء » (٣١) ؛ فنص على ذلك فى السلم وقسنا عليه المال ، وكل ما يقصد به المال ، حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين معه (٣٢) ، باتفاق الفقهاء ، يقول ابن رشد : واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين •

وبعد أن أورد ابن قدامة صحة شهادة رجل وامرأتين فى الأموال ، قال : وأجمع أهل العلم على القول به •

---

(٢٩) الطرق الحكمية ص١٦٢ ، ١٦٤ المحلى ٣٩٦/٩ : ٤٠٥ •

(٣٠) وأطلق ذلك طـاوس فى كل شىء ، عدا الزنى ، حيث قال : تجوز شهادة النساء فى كل شىء مـع الرجال الا الزنى ، من أجـل أنه لاينبغى أن ينظرن الى ذلك (المرجعين السابقين ص١٦٣ ، ٣٩٧/٩) •

(٣١) البقرة : ٢٨٢ •

(٣٢) وأجاز الظاهرية صحة الاكتفاء بأربع نسـوة منفـردات دون رجل ، قال ابن حزم فى المحلى ٣٩٦/٩ : ولا يقبل فى سـائر الحقوق كلها من الحدود والدماء ومافيه القصـاص والنكاح والطـلاق والرجعة والأموال الا رجلان مسلمان عدلان ، أو رجل وامرأتان كذلك ، أو أربـع نسوة كذلك •

وقال ابن المنذر : وأجمعوا على أن شهادة النساء جائزة مع الرجال فى الدين والأموال(★) ٠

٣ ــ الثالثة ــ الدنيا :

وهى عدم قبول شهادتهن مطلقا ، لا منفردات ، ولا مع رجل ، وذلك فى الحدود والقصاص (٣٣) ، وهذا قول جمهور الفقهاء (٣٤) ،

(★) الاجماع : محمد بن ابراهيم بن المنذر ، تحقيق وتعليق : عبد الله عمر البارودى ص٦٦ ط دار الجنان للطباعة والنشر والتوزيع ــ لبنان ــ ط أولى ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦م ٠

(٣٣) وأضاف بعض الفقهاء ــ منهم النخعى وربيعة والشافعى وابن حنبل وأهل المدينة والزهرى وسعيد بن المسيب وقتادة والليث ابن سعد والحسن البصرى ــ مع الحدود والقصاص : النكاح والطلاق كذلك ، مع اختلاف بينهم ، وأضاف الامام مالك وآخرون ، لكل ماسبق : الرجعة والعتق والنسب والولاء والاحصان ، حيث لا تقبل فى كل ذلك شهادة النساء منفردات ، ولا مع رجل (الطرق الحكمية ص١٦٢ : ١٦٥ المحلى ٩/٣٩٥ : ٤٠٥ ، المغنى والشرح الكبير ١٢/٨ ، بداية المجتهد ٢/٣٤٨ ، الكافى فى فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص٤٦٩ ط دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ ط أولى ١٩٨٧م) ٠

(٣٤) وحكى عن عطاء وحماد أنهما قالا : تجوز فى حد الزنى شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، وفى بقية الحدود والقصاص قالا : يقبل رجل وامرأتان فقط ، لأنه نقص واحد من عدد الرجال ، فقام مقامه امرأتان ، قياسا على الشهادة فى الأموال ٠

وأجاز الظاهرية : شهادة النساء منفردات فى كل شىء ــ على أن تقوم شهادة كل امرأتين مقام شهادة رجل واحد ــ حتى الزنى ، اجازوا فيه شهادة ثمان نسوة منفردات ، يقول ابن حزم : ولا يجوز أن يقبل فى الزنى أقل من أربعة رجال عدول مسلمين ، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان ، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين ، أو رجلين وأربع نسوة ، أو رجلا واحدا وست نسوة ، أو ثمان نسوة فقط ٠ وهى رواية أخرى عن عطاء حيث قال : لو شهد عندى ثمان نسوة على امرأة بالزنى لرجمتها (المغنى والشرح الكبير ١٢/٦ ، ٧ ، المحلى ٩/٣٦٥ ، الطرق الحكمية ص١٦٤) ٠

بل حكى ابن المنذر الاجماع على ذلك فى الحدود ، فقال : وأجمعوا على أن شهادتهن لا تقبل فى الحدود(★) .

واستدل الجمهور : على عدم قبول شهادتهن هنا لا منفردات ولا مع رجل ، بأن هذا مما يحتاط لدرئه واسقاطه ، ولهذا يندرىء بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته ، وفى شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى « أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى »(٣٥) ، ولأن شهادة امرأتين مكان شهادة رجل واحد « فان لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان » (٣٦) .

وكذلك لنقصان عقل المرأة ، واختلال ضبطها وقصور ولايتها ، لذا لا تصلح للامارة ، ولا تقبل شهادتهن وان كثرن — عند الجمهور — مالم يكن معهن رجل فى الأموال ، فوجب أن لا تقبل شهادتهن هنا .

ولا يصح قياس هذا على الأموال ، لأن شهادتهن قبلت فى الأموال ، ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها ، فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالحدود والقصاص .

(★) الاجماع لابن المنذر — المصدر السابق — ص٦٦ .

(٣٥) البقرة : ٢٨٢ .

(٣٦) البقرة : ٢٨٢ ، وهذه الآية تومىء الى الترتيب وليس مطلق التخيير ، وهى على سياق قوله تعالى « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » المائدة : ٨٩ ، قال الكمال بن الهمام : الآية ظاهرة فى أنه لاتقبل شهادتين الا عند عدم رجال يشهدون ، وقد روى عن بعض العلماء ذلك ، فاعتبر حقيقة البدلية ، لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند أهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية ، والشبهة كالحقيقة فيما يندرىء بالشبهات (فتح القدير ٧/٣٧٠) .

رابعا ـ نصاب (٣٧) شهادة النساء (٣٨)

ذكرنا مراتب شهادة المرأة الثلاث ، وحيث قبلت شهادة النساء منفردات ، فقد اختلف الفقهاء فى نصاب هذه البينة لأقوال أربعة :

القول الأول :

نصاب شهادة النساء منفردات أربع ، ولا يقبل أقل من أربع نسوة ، وهو قول الشافعية والظاهرية (٣٩) وأبى ثور وقتادة وعطاء ، ورواية عن الشعبى والنخعى وابن شبرمة .

ودليلهم :

أن أقل الشهادات رجلان ، وشهادة امرأتين بشهادة رجل واحد ، بدليل قوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٤٠) .

فأقام المرأتين مقام الرجل الواحد ، وقال صلى الله عليه وسلم

---

(٣٧) **النصاب** : فى اللغة : الأصل (القاموس المحيط ١٣٨/١) .
ويطلق ويراد به قدر ثابت محدد اذا وصله الشىء ترتب عليه حكمه .
والمراد فى ـ مطلق ـ الشهادة : عدد معين اذا وصل الشهود له صارت شهادتهم كاملة ، وهو يختلف باختلاف أنواع الشهادة .
والمراد به هنا : عدد النساء المطلوب لتكون شهادتهن كاملة .

(٣٨) الهداية وشروحها : ٣٧٢/٧ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ص٤٦٩ ، بداية المجتهد ٣٤٨/٢ ، المهذب ٣٣٥/٢ ، المغنى والشرح الكبير ١٧/١٢ ، ١٨ ، الطرق الحكمية ص١٦٥ : ١٦٧ ، المحلى ٣٩٩/٩ : ٤٠٥ الأزهار ص٤٣٧ ، فتح البارى لابن حجر ٢٦٦/٥ ط دار الفكر ـ لبنان .

(٣٩) واستثنى من ذلك الظاهرية ـ وعلى رأسهم داود الظاهرى ـ الرضاع ، حيث أجازوا فيه شهادة امرأة واحدة (المحلى ٣٩٩/٩ ، الطرق الحكمية ص١٦٥) .

(٤٠) البقرة : ٢٨٢ .

« شهادة امرأتين منكن بشهادة رجل » (*) فكل امرأتين مقابل رجل واحد ، فتحتاج البينة الى أربع نسوة حتى تتكامل .

القول الثانى :

ذهب اليه عثمان البتى : لا يقبل فيما يقبل فيه النساء منفردات الا ثلاث نسوة ، لا أقل من ذلك .

ودليله :

أن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة — رجل وامرأتان — فيشترط أن يكون عددهن ثلاثة كذلك ، كما لو كان معهن رجل .

القول الثالث :

تقبل امرأتان فى كل ما يقبل فيه النساء منفردات ، وهو قول المالكية والحكم وابن أبى ليلى وأبى عبيد ، ورواية عن الحنابلة وابن شبرمة والثورى .

ودليلهم :

أن كل جنس يثبت به الحق ، كفى فيه اثنان كالرجال ، لا أقل من ذلك ، لأن الرجال أكمل منهن عقلا ولا يقبل منهم الا اثنان ، فالنساء أولى بذلك ، فلا يقل عددهن عن اثنتين .

ولأن المعتبر فى الشهادة أمران : العدد ، والذكورة ، وقد سقط اعتبار الذكورة ، فبقى العدد .

(*) سنن الترمذى ٥/١٠ ط الحلبى ، وبلفظ قريب ، بنفس المعنى : صحيح مسلم بشرح النووى ١/١١٩ ، ابن ماجة : فى كتاب الفتن ، باب فتنة النساء .

القول الرابع :

ذهب اليه الحنفية — والراجح عند الحنابلة — وطاوس وحماد والليث بن سعد ، ورواية عن سفيان الثورى والشعبى وعطاء ، وكثير من الفقهاء :

وهو أنه تقبل فى شهادة النساء منفردات ، شهادة امرأة واحدة فقط (٤١) ٠

ودليلهم : من السنة والمعقول :

فمن السنة :

(أ) أن النبى صلى الله عليه وسلم قبل شهادة امرأة واحدة فى الرضاع وقضى بها ، وذلك فيما رواه أحمد والبخارى عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، فنهاه عنها » وفى رواية « دعها عنك »(٤٢)

---

(٤١) قال طاوس : تجوز شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ، وان كانت سوداء ٠

وقال حماد بن أبى سليمان : تقبل فى الاستهلال المرأة الواحدة ، وان كانت يهودية ٠

وروى أن سيدنا على : أجاز شهادة القابلة وحدها ، وروى ذلك عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الاستهلال ، وأن عمر ورث بذلك ، وهو قول الزهرى والنخعى — فى أحد قوليه — وهو قول الحسن البصرى وشريح وأبى الزناد ويحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة ٠

وصح عن معاوية : أنه قضى فى دار بشهادة أم سلمة أم المؤمنين رضى الله عنها ، ولم يشهد بذلك غيرها .(المغنى والشرح الكبير ١٧/١٠٢ ، المحلى ٣٩٩/٩ ، ٤٠٠ ، الطرق الحكمية ص١٦٦) ٠

(ب) وقال صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه » (٤٣) .

وجه الدلالة : أن الجمع المحلى بالألف واللام — اذا لم يكن ثمة معهود — يراد به الجنس ، فيتناول الأقل ، فيصدق على المرأة الواحدة ، فتكفى شهادتها هنا .

ومن المعقول :

فقد سقطت هنا الذكورة بالاتفاق ليخف النظر ، لأن نظر الجنس الى جنسه أخف ، فكذا يسقط اعتبار العدد لعلة التخفيف .

الراجح :

ونميل للقول الجمهور الأخير ، وهو قبول شهادة المرأة الواحدة ، فى الامور التى تقبل فيها شهادة النساء منفردات ، لثبوت ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم وحكمه بهـا ، وثبت ذلك عن الخلفاء الراشدين والصحابة الأجلاء ، وكثير من فقهاء الأمصار (٤٤) ، مما يجعل لهذا القول وزنا ، يضاف لذلك ، قوة ما استدلوا به .

واذا كانت شهادة النساء منفردات أجيزت للضرورة ، فمن الضرورة كذلك أن تصح بواحدة فقط ، ربما لا يتوافر غيرها .

ولأن ما قبل فيه قول النساء على انفراد ، لم يشترط فيه العدد كالرواية (٤٥) ، والله تعالى أعلم بالصواب .

---

(٤٢) نيل الأوطار ٦/٣١٩ .
(٤٣) نصب الراية ٤/٨٠ .
(٤٤) راجع هامش ٤١ .
(٤٥) الطرق الحكمية ص٩٢ .

خامسا ـ شهادة النساء ويمين المدعى :

ذكرنا فى المرتبة الثانية لشهادة النساء أنها فى الأموال تصح مع الرجال ـ رجل وامرأتان ـ واذا عدم الرجل ، فهل تصح شهادة المرأتين ويمين المدعى ؟ •

نبين ذلك فيما يلى (٤٦) :

أولا :

الحنفية وآخرون : لا يجيزون الشاهد واليمين مطلقا ، فيشترط عندهم اكتمال نصاب الشهادة كاملا ، أو يمين المدعى عليه لا غير ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان »(٤٧) فمن قال بشهادة رجل ويمين المدعى ، أو امرأتين ويمين المدعى فقد زاد فى النص ، والزيادة نسخ ، فلا تصح •

ولقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (٤٨) فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه ، كما حصر البينة فى جانب المدعى لاغير •

لذا : فالأمر عندهم فى الأموال رجل وامرأتان ، وفى شهادة النساء منفردات تكفى واحدة دون يمين •

ثانيا :

ذهب جمهور الفقهاء وأكثر أهل العلم : الى صحة الحكم بشاهد

---

(٤٦) اللبــاب فى شرح الكتــاب ٣/٨٣ ، المغنى والشرح الكبير ١٢/١٠ : ١٢ ، الطرق الحكمية ص١٧٠ : ١٧٢ •

(٤٧) البقرة : ٢٨٢ •

(٤٨) نيل الأوطار ٨/٣٠٥

واحد ويمين المدعى ويثبت المال بذلك ، اذ روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق » (٤٩) وتواتر ذلك بين الفقهاء ، لا ينكره أحد ، ولأن اليمين تشرع فى حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ، ولذلك شرعت فى حق صاحب اليد لقـوة جنبته بها ، وفى حق المنكر لقوة جنبته — اذ الأصل براءة ذمته — والمدعى هنا قد ظهر صدقه — بالشاهد — فوجب أن تشرع اليمين فى حقه خوف قوته .

والله تعالى جعل شهادة امرأتين مكان رجل ، فكذلك اليمين .

وبناء على قول الجمهور بصحة الشاهد واليمين ، هل تصح شهادة امرأتين ويمين المدعى ؟ قولان للفقهاء :

أحدهما :

يصح قبول شهادة امرأتين ويمين المدعى ، يقـول ابن القيم : وظاهر القرآن والسنة يدل على صحة هذا القول ، فان الله سبحانـه أقام المرأتين مقام الرجل ، والنبى صلى الله عليه وسلم قال فى الحديث الصحيح « أليست شهادة المرأة نصف شهادة الرجل ؟ قلن بلى » (٥٠) فهذا يدل بمنطوقه على أن شهادتها وحدها على النصف ، وبمفهومـه على أن شهادتها مع مثلها كشـهادة الرجل ، وليس فى القرآن ولا فى السنة ولا فى الاجماع ما يمنع من ذلك ، بل القياس الصحيح يقتضيه، فان المرأتين اذا قامتا مقام الرجل — اذا كانتا معه — قامتا مقامه وان لم تكونا معه ، فان قبول شهادتهما لم يكن لمعنى للرجـل ، بل لمعنى فيهما ، وهو العدالة ، وهذا موجود فيما اذا انفردتا ، وانما يخشى من سوء ضبط المرأة وحدها وحفظها ، فقويت بامرأة أخرى .

لذا : تجوز شهادة امرأتين ويمين المدعى .

---

(٤٩) المصدر السابق ٢٨٢/٨ .

(٥٠) صحيح البخارى بفتح البارى ٢٦٦/٥ .

ثانيهما :

لا تجوز شهادة المرأتين واليمين ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » (٥١) ، فلو حكم بامرأتين ويمين ، لكان هذا قسما ثالثا ؟

وأيضا : لأن شهادة المرأتين ضعيفة ، فقويت بالرجل ، واليمين ضعيفة ، فينضم ضعيف الى ضعيف فلا يقبل .

والراجح :

هو القول الأول — اذا ثبت القول بالشاهد واليمين — لأن شهادة اثنتين شهادة معتبرة ، فاذا انضم لذلك اليمين حكم بها كالرجل ، اذ المرأة العدل كالرجل فى الصدق والأمانة والديانة ، لكن لخوف السهو والنسيان قويت بمثلها ، وهذا يجعلها مثل الرجل الواحد ، ان لم تكن أقوى منه ، والله أعلم .

ثالثا :

فى شهادة النساء منفردات ، تصح ويثبت بها الحق دون شرط يمين ، ولو كانت امرأة واحدة — كما رجحنا — ولم يثبت عن أحد من الفقهاء القول باليمين فى شهادة النساء منفردات فى أمورهن .

والفرق بين هذا ، وبين ما سبق حيث اعتبرت اليمين هناك :

أن المغلب هنا : هو الاخبار عن الأمور الغائبة التى لا يطلع عليها الرجال ، فاكتفى بشهادة النساء فقط .

وهناك : الشهادة على أمور ظاهرة يطلع عليها الرجال فى الغالب، فاذا انفرد بها الشاهد الواحد احتيج الى تقويته باليمين ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

دكتور : الليثى حمدى خليل الليثى

---

(٥١) البقرة : ٢٨٢ .

أهم مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم وعلومه :

١ ـ القرآن الكريم ٠

٢ ـ تفسير الفخر الرازى : المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب ـ للامام محمد الرازى ، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ـ لبنان ـ ط ثالثة ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ٠

٣ ـ الجامع لأحكام القرآن الكريم : للقرطبى ، ط دار الفكر ـ بيروت ـ لبنـــان ٠

ثانيـا : الحديث :

٤ ـ سبل الســلام : للصنعانى ، شرح بلــوغ المــرام : لابن حجر « الكتابين معا » ط الحلبى ط رابعة ١٩٦٠م ٠

٥ ـ سنن ابن ماجة : ط دار احياء التراث العربى ١٣٩٥هـ ٠

٦ ـ سنن الترمذى : ط الحلبى ٠

٧ ـ صحيح مسلم بشرح النووى « الكتابين معا » ط الريان ٠

٨ ـ فتح البارى « لابن حجر » شرح صحيح البخارى « الكتابين معا » ط دار الفكر ـ لبنان ٠

٩ ـ المقـــاصد الحسنة فى بيـــان كثير من الأحاديث المشـــتهرة على الألسنة : للسخاوى ، ط الخانجى بمصر ٠

١٠ ـ نصب الراية فى تخريج آحاديث الهداية : للزيلعى ، ط المـأمون بشبرا ٠

١١ ـ نيـل الأوطار : للشوكانى ، شرح منتقى الأخبـــار لمجـد الدين بن تيمية « الكتابين معـــا » ط مكتبة الدعـوة الاســـلامية شباب الأزهـر ٠

ثالثـا : كتب اللغة :

١٢ ـ القاموس المحيط : للفيروز آبادى ، ط الحلبى ،ط ثانية ١٩٥٢م

١٣ ـ لسان العرب : لابن منظور ، ط دار المعارف ٠

١٤ ـ النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب : لابن بطـــال الركبى ، ط دار المعرفة ، لبنان ط ثانية ١٩٥٩م ٠

رابعـا : كتب الفقه :

(ا) الفقه الحنفى :

١٥ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للكاسانى ، ط دار الكتـاب العربى بيروت ط ثانية ١٤٠٢هـ ـ ١٩٧٢م ٠

١٦ ـ حاشية سعد جلبى ـ مطبوعة مع فتح القدير والعناية والهداية ٠

١٧ ـ العناية على الهداية : للبابرتى ـ ط دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان٠

١٨ ـ فتح القدير : للكمال بن الهمام ـ ط دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان٠

١٩ ـ اللباب فى شرح الكتاب : عبد الغنى الغنيمى ـ الكتاب للقدورى ـ والكتابين معا ـ ط المعاهد الأزهرية ٠

٢٠ ـ الهداية شرح بداية المبتدى : ط مع فتح القدير والعنـاية ـ ط دار الفكر ـ لبنان ٠

(ب) الفقه المـالكى :

٢١ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لابن رشد ـ توزيع دار الفـكر القاهرة ٠

٢٢ ـ قوانين الأحكام الشرعية ومســائل الفروع الفقهية : لابن جـزى الفرناطى ط عالم الفكر ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ٠

٢٣ ـ الكـــافى فى فقه أهل المدينة : لابن عبـــد البر ـ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ ط أولى ١٩٨٧م ٠

(ج) الفقه الشافعى :

٢٤ ـ الاجماع : محمد بن ابراهيم بن المنذر ـ تحقيق وتعليق : عبد الله عمر البارودى ، ط دار الجنان للطباعة والنشر والتوزيع ـ لبنان ـ ط أولى ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

٢٥ ـ متن المنهاج : للنووى ـ مطبوع مع مغنى المحتاج .

٢٦ ـ مغنى المحتاج : الشربينى الخطيب ـ ط الحلبى ١٩٥٨م .

٢٧ ـ المهذب : للشيرازى ـ ط دار المعرفة ـ لبنان .

(د) الفقه الحنبلى :

٢٨ ـ الشرح الكبير : شمس الدين بن قدامة ـ مطبوع أسفل المغنى .

٢٩ ـ الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : لابن قيم الجوزية ـ ط المدنى للطباعة والنشر .

٣٠ ـ كشاف القناع : للبهوتى ـ عن متن الاقناع : للحجاوى ـ « الكتابين معا » ط عالم الكتب ـ بيروت ـ لبنان .

٣١ ـ مختصر الخرقى : مطبوع مع المغنى .

٣٢ ـ المغنى : موفق الدين بن قدامة ، ط دار الفكر ـ لبنان ـ ط أولى عن وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت ١٩٨٤م .

٣٣ ـ المقنع : لابن قدامة ـ مطبوع مع الشرح الكبير والمغنى .

(هـ) كتب الظاهرية :

٣٤ ـ المحلى : لابن حزم الظاهرى ـ ط دار التراث ـ القاهرة .

(و) كتب الشيعة :

٣٥ ـ الأزهار : المهدى المرتضى ـ ط دار الكتاب اللبنانى .

٣٦ ـ شرائع الاسلام : للمحقق الحلى ـ منشورات دار مكتبة الحياة .

والله تعالى ولى التوفيق

دكتور/ الليثى حمدى خليل الليثى .

مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

دراسة مقارنة فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى

دكتور/أبو الحسن ابراهيم على

مدرس القانون المدنى بالكلية

تمهيد وتقسيم :

مما لاشك فيه أن الشريعة الاسلامية جاءت لصلاح الناس والأخذ بيدهم فى هذه الحياة ، ليسعدوا فى دنياهم وأخراهم وشرعت ما من شأنه تحقيق مصالحهم والحفاظ عليها .

فالشريعة الاسلامية نظام كامل ، جاءت لتنظيم كافة أنواع السلوك الانسانى ، فنظمت علاقة الفرد بالفرد وعلاقة الفرد بالمجتمع وعلاقة الحاكم بأفراد الشعب وعلاقة الدولة الاسلامية بالدول الأخرى وعلاقة الكل بالخالق سبحانه وتعالى.نظمت الشريعة الاسلامية كل هذه العلاقات تنظيما دقيقا مثاليا لم ترق اليه النظم والمبادئ التى وضعها الانسان الى الآن . فبينت كل أنواع الحقوق والواجبات سواء ما كان منها متصلا بمجال علاقة الأفراد بعضهم ببعض أو كان متصلا بغير ذلك من العلاقات الأخرى .

والحقوق فى الاسلام لا تعتبر الا باعتبار الشارع لها ، فالشريعة أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة فالحق فى الفقه الإسلامى

وليد الشرائع ولم يكن حقا طبيعيا وانما هو منحة الهية يعطيها للافراد وفق ما يقضى به الصالح العام (١) .

ومن هنا فان الشريعة الإسلامية لا يتصور فيها الحقوق المطلقة بدون قيد حيث أن الأساس فيها التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ومنع أى ضرر يصيب الفرد أو المجتمع وذلك بفرض القيود الكثيرة المتنوعة التى تجعل المالك ينتفع بملكه فى دائرة معينة لا يجوز له أن يتعداها . فالحقوق المطلقة لا يمكن أن تثبت فى شريعة تتبع أحكامها من الشارع الرحيم بالناس عامة . فلقد أرست الشريعة الاسلامية الغراء الأسس والقواعد التى تحقق مصالح الفرد مراعية أن هذا الفرد يعيش فى جماعة لها عليه حقوق كما أن له عليها واجبات فهى توازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية فلا تغلو فى نظرتها الى الحقوق كما أنها فى نفس الوقت لا تلغيها ولا تمس جوهرها .

ولهذا نجد الشريعة الاسلامية قد اشترطت فى استعمال الانسان لحقوقه ألا يضر بمصالح الغير وأن يكون ذلك متفقا مع مصلحة الجماعة . وبناء على ذلك نستطيع القول بأن الأصل فى الحقوق فى الفقه الاسلامى أنها مقيدة وليست مطلقة ، وأن أساس هذا التقييد للحق يرجع الى النصوص الخاصة بذلك أو القواعد العامة أو مقاصد الشريعة وذلك بعكس القانون الوضعى الذى كان الأصل فيه هو الاطلاق والتقييد هو الاستثناء . فقد كان حق الفرد هو محور

---

(١) انظر : الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحق ابراهيم ابن موسى اللخمى الشاطبى جـ ٢ ص٣٧٧ مطبعة الشرق الأدنى ، المدخل للفقه الاسلامى أ . د/ محمد سلام مدكور ص ٤٢١ ط رابعة ١٩٦٩م ، أستاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان فى الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية فى الاسلام ص١٥ ط ثانية ١٩٧٥م .

التشريعات الوضعية فى بدايتها ، وكان لصاحب الحق أن يستعمله الى أى مدى يراه دون أن يفترض هذا أية مسئولية وكان هذا يعرف بالمذهب الفردى ، ثم ظهر حديثا المذهب الاجتماعى الذى يرى أن القانون هو الذى ينشىء الحقوق ويمنحها للافراد فى حدود الصالح العام (٢) .

وبهذا يكون فقهاء القانون قد وصلوا حديثا الى ما أرساه الفقه الاسلامى منذ قرون عديدة .

حق المالك فى استعماله لملكه مقيد بعدم الاضرار بالغير :

لم يترك صاحب الحق فى الاسلام يتصرف فى حقه تصرفا مطلقا من غير ضوابط أو حدود تحد من هذا التصرف ، بل هناك قيود وضوابط تجعل من تصرف صاحب الحق فى النهاية غير مؤد الى الاضرار بغيره ، فاذا تعدى صاحب الحق هذه القيود كان مسئولا عن هذا التعدى الذى أدى الى حدوث الاضرار بالغير .

واذا كان الأصل أن لصاحب الملك أن يتصرف فى ملكه كيف شاء ، وأن يستعمله بما يحقق له كل المنافع التى يمكن أن تعود عليه فان هذا

---

(٢) انظر فى التعريف بهذين المذهبين :
ا د/ حسن كيره فى المدخل الى القانون ص١٧١ ط ١٩٧١م ، ا . د/توفيق حسن فرج الأصول العامة للقانون ص٤٢ ط ١٩٧٥م ا . د/ عبد المنعم البدراوى المدخل للعلوم القانونية ص٣٢ ، ٣٣ ط ١٩٦٦م م ا . د/ عبد الودود يحيى المدخل لدراسة القانون ص٢٧ ط ١٩٨١م ، ا . د/احمد سلامة المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول نظرية القاعدة القانونية ص٣٣ ط ١٩٧٥م ، ا . د/محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ص٢٥ ، استاذنا الدكتور عبد الخالق حسنين فى المدخل لدراسة القانون ص ٣٦ وما بعدها ط ثالثة ٨٧ ــ ١٩٨٨م .

الأصل ترد عليه قيود كثيرة من أهمها عدم الاضرار بالغير ضررا فاحشا أو بينا •

هذا وقد تكلم فقهاء القانون الوضعى عن مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ، أو ما يسمى بالغلو فى استعمال حق الملكية حسب تعبير البعض منهم •

وسنحاول هنا أن نبين أن هذا القيد وجد فى الشريعة الاسلامية قبل ظهوره فى القانون الوضعى ، وأن قدامى فقهاء المسلمين قد لاحظوه فى كتاباتهم وفتاواهم ولكنه لم يكن معنونا بهذه العناوين التى ظهر بها فى الكتابات الحديثة لفقهاء القانون الوضعى ، بل كان هذا القيد يلاحظ فى كتبهم وفتاواهم عند بيانهم لأحكام الكثير من الصور والجزئيات التى تعرضوا لها • بل اننا نستطيع أن نذهب الى أبعد من هذا ، ولا نكون مغالين ، عندما نقرر عن يقين واطمئنان ، أن الشرع الوضعى فى القانون المدنى المصرى الحالى عندما قرر التزامات الجوار وجعلها التزامات قانونية ، اهتدى فى تقريرها بأحكام الشريعة الإسلامية ، فقننها كما هى مقررة فى الشريعة الاسلامية ، كما سارت على نفس المنهاج أحكام القضاء فى ظل التقنين المدنى السابق •

وعلى نهج هذا الشرع القويم سنتناول موضوعنا : « مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة » فى المباحث الآتية :

المبحث الأول : ماهية الغلو الذى يرتب مسئولية المالك •

المبحث الثانى : أساس مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة •

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على وقوع الغلو •

المبحث الأول

ماهية الغلو الذى يرتب مسئولية المالك

المطلب الأول :

ماهية الغلو الذى يرتب مسئولية المالك فى الفقه الاسلامى :

ـ أمر الإسلام بمراعاة حقوق الجار واكرامه :

للجار على جاره حقوق كثيرة نص عليها فى كثير من الأحاديث النبوية الشريفة ، ومن أهمها عدم الاضرار به فى نفسه أو ماله أو عرضه • فوجب مراعاة هذه الحقوق وعدم الاخلال بها وذلك بالعمل على منع ما يضر بالجار قبل حدوثه وازالته بعد حدوثه •

هذه الحقوق ربما لا يرضى من هى عليه بالتسليم بها ، فيضطر صاحبها لاقتضائها للجوء للمحاكم • ومن ثم يجد كثير من المشاكل والحوادث والقضايا التى يفصل فيها القضاء ويكون تنفيذها بعد ذلك بقوة القانون ، على أن هذا لا يمنع من بقاء الخصومة والعداء بين المتقاضيين •

لكن الله العليم الحكيم والمشرع الوحيد بحق ، الذى يعلم ماطبعت عليه النفس الانسانية من أنانية وآثرة يؤكد حق الجار على جاره الى درجة أنه قرنه بعبادة الله وعدم الشرك به فقال تعالى : « واعبدوا الله ولا تشركو به شيئا وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب » (٣) •

---

(٣) سورة النساء من الآية ٣٦ •

ولذلك نجد الرسول صلى الله عليه وسلم يتناول هـــذا المعنى فيؤكده فى أحاديث كثيرة نذكر منها أمره عليه السلام باكرام الجـــار فى قوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جـــاره » (٤) كما نهى عليه السلام عن ايذائه بقوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره »(٥) .

وقال عليه السلام فى حقه : « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه أو قال لجاره ما يحب لنفسه » (٦) .

فمتى جاء الفقهاء بعد هذا وبينوا هذه الحقوق التى للجار لايسع من يؤمن حقا بالله ورسوله الا المسارعة بأداء هذه الحقوق مادام الدين يبلغ من ذلك الى حد اكرام الجار لا باعطائه حقوقه فحسب وحينئـــذ ما الحاجة للقضاء والقانون الا لمعالجة من لم يخالط الايمـــان قلوبهم وفطرت نفوسهم على الشح ومنع الناس حقوقهم (٧) . ثم أنظر معى رعاك الله الى هذا التأكيد العظيم لحق الجار فى قوله عليه الصـــلاة والسلام : « مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه»(٨)

---

(٤) رواه البخارى ومسلم : زاد المســلم فيما اتفق عليه البخـــارى ومسلم ج ٣ ص٣٦٥ ط ثانية ١٩٥٤م .

(٥) انظر المرجع السابق ج ٣ ص٢٥٩ ، ٢٦٢ .

(٦) رواه مسلم : صحيح مسلم بشرح النووى ج ٢ ص١٦ ، قال النووى : « هكذا هو فى مسلم لأخيه أو لجاره على الشك ، وكذا هو فى مسند عبد بن حميد على الشك وهو فى البخـــارى وغيره لأخيه من غير شك » النـــووى على مســـلم ج ٢ ص١٦ ط أولى ١٣٤٩هـ ــ ١٩٢٩م المطبعة المصرية .

(٧) انظر : د/ محمد يوسف موسى فى الأموال ونظـــرية العقـــد ص١٣٩ ط أولى ١٩٥٢م .

(٨) فتح البارى بشرح صحيح البخـــارى ج ١٠ ص٤٤١ ط دار المعـــرفة .

مع ملاحظة أن هذه الرعاية لحقوق الجار لا تقتصر على الجار المسلم أو القريب بل انها تمتد لتشمل كل جار قريبا كان أم بعيدا مسلما أو غير مسلم فان الجيران أنواع ثلاثة كما أخرج الطبرى من حديث جابر: جار له حق واحد وهو المشرك له حق الجوار ، وجار له حقان : وهو الجار المسلم ، له حق الجوار وحق الاسلام ، وجار له ثلاثة حقوق : وهو الجار المسلم الذى بينه وبين جاره رحم ، له حق الاسلام ، والرحم والجوار (٩) •

فانظر مدى ما جعل الاسلام لعلاقة الجوار من واجبات وحقوق، تر أنه لا يمكن لأى نظام آخر غير الشريعة الاسلامية أن يسمو الى هذا المستوى الجليل •

— وجوب التسامح بين الجيران فى الأضرار المألوفة (النادرة أو اليسيرة) :

الأصل أن الانسان له حق استعمال ملكه بما يحقق له كل المنافع التى يمكن أن تعود عليه منه (١٠) ، ومن الطبيعى أن ينجم فى بعض

---

(٩) سبل السلام الصنعانى للعلامة محمد بن اسماعيل الصنعانى. جـ ٤ ص٦٥ مطبعة مصطفى محمد •

(١٠) انظر : بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ص٢٦٣ ، ٢٦٤ ط أولى ١٣٢٨هـ ، المبسوط للسرخسى جـ ١٥ ص٢١ ط ١٣٣١هـ مطبعة السعادة ، فتح القدير للكمال ابن الهمام جـ ٥ ص٥٠٦ ط المكتبة التجارية ، المدونه الكبرى للامام مالك بن أنس جـ ١٥ ص١٩٧ ط أولى ١٣٢٣هـ ، المنتقى للباجى جـ ٦ ص ٤١ ط أولى ١٣٣١هـ ، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص٢٥٧ ، ٢٦٠ ط ١٣٠٢هـ المطبعة البهية ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص٣٧٠ ط دار العالم بيروت ، الأم للامام الشافعى جـ ٣ ص٢٢٢ ط أولى ١٣٢١هـ بولاق ، المحلى لابن حزم جـ ٨ ص٢٤١ ، ٢٤٢ ط المكتب التجارى بيروت •

الأحوال بل وفى كثير من الأحوال عند استعمال الانسان لملكه استعمالا عاديا بعض المضايقات أو الأضرار المألوفة التى يكون من العسير على المالك أن يتحرز عنها • وهذا أمر يجب أن يتحمله الجيران فيما بينهم والا أضحى استعمال المالك لملكه موقوفا على ضوابط تؤدى فى النهاية الى تعطيل هذا الاستعمال العادى أو الى ابطال حقـــه فى التصرف فيما يملك (١١) •

فالجيران اذن عليهم أن يتحملوا المضايقات أو الأضرار اليسيرة النادرة ، وهى الأضرار المألوفة التى جرت العادة على التسامح فيها والتى لا يمكن أو يعسر أن يخلو عنها الاستعمال العـــادى المألوف ، كصوت المذياع العادى ، ودخان الفرن الذى يخبز عليه أهل الدار فى القرى فى فترات غير متوالية ، وعجين الطين بجوار ملك المالك اذا بقى فى الشارع مقدار المرور للناس ، ووضع آلات البناء من حجر وغيره فى الشارع زمن العمارة اذا تركت بقدر مدة نقلها ، ونفض أوعيـــة التراب عند الأبواب ، وربط الدواب فى الشارع بقدر حاجة النـــزول والركوب ، ورش الشارع رشا خفيفا لا يؤدى الى الاضرار بمن يمر فى الطريق وهكذا • فقد اتفق الفقهاء (١٢) على جواز مثل هذه الصورة

---

(١١) انظر : ا • د/ محمد رأفت عثمان فى الحقـوق والواجبـات والعلاقات الدولية فى الاسلام ص١٠٧ مطبعة السعادة •

(١٢) انظـر : حاشـــية ابن عابدين ج ٤ ص٣٧٦ ط ١٣٢٣هـ ، فتـــح القدير ج ٥ ص٥٠٦ ، تبين الحقـــائق للزيلعى ج ٤ ص١٩٦ ط ١٣١٥هـ ، حلى المعاصم للتاودى ج ٢ ص٣٤٣ ط ثانية ١٣٧٠هـ ، المنتقى للباجى ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص٢٥٤ ، البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٣٥ ط ثانية ١٣٧١هـ حاشية ابن قاسم العبـادى على تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمى ج ٢ ص٢٤١ ط مصطفى محمد ، فتح المبين بشرح الأربعين لابن حجـــر الهيثمى ، ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى

=

من الضرر لأنها من الأضرار المألوفة التى جرت العـــادة على التسامح فيها وبالتالى فلا مسئولية عنها ولأن التوسع الى منع كل ضرر يؤدى الى سد باب انتفاع الانسان بملكه (١٣) • كما أنه لا يمكن منع كل ضرر اذ ما من مصلحة لأحد والا بجوارها ضرر لغيره غالبا وكما يقول الامام الشاطبى : « ليس فى الدنيا مصلحة محضة ولا مفسدة محضة والمقصود للشارع ما غلب منها ، واذا تعارضتا نظر فى التســـاوى والترجيح » (١٤) •

واذا كان الأمر على نحو ما سبق ، فانه من الناحية المقابلة يجب على المالك أن يتخذ من الاحتياطات ما يكون كفيلا بألا يجعل تصرفه فى ملكه سببا لاحداث مضايقات أو تنغيص مجاوز للحدود التى يمكن أن تحتمل فى ظل جوار كريم (١٥) •

هذا هو الأصل الذى يجب مراعاته ، الا أنه قــد يحــدث أن يستعمل الانسان حقه فى ملكه استعمالا غير متعــارف بين النـــاس فيؤدى الى الاضرار بالغير ضررا ظاهرا فيكون محل مساءلة • وفى ذلك يقول بعض الفقهاء : « ولا يمنع الشخص من تصرفه فى ملكه الا اذا

=

محمد ، قواعد الاحكام لابن عبد الســـلام ج ٢ ص١٢٢ ط ١٣٨٨هـ دار الشروق للطبـــاعة ، المغنى بالشرح الكبير لابن قدامة ج ٥ ص٥٢ ط ١٣٩٢هـ ، كشاف القناع للبهوتى ج ٢ ص٢٠٠ ط أولى ١٣١٩هـ ، ومن مراجع الأصول انظر : الموافقات للامام الشاطبى ج ٢ ص٣٥٩ دار المعرفة للطباعة بيروت •

(١٣) انظـــر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص٥٠١ ، فتـــح القـــدير ج ٥ ص٥٠٦ •

(١٤) الموافقات للامام الشاطبى ج ٢ ص٢٥ ـ ٣٢ •

(١٥) انظر : حسين عامر فى المسئولية المدنية ص ٢٧٠ ط ثانية ١٩٧٩ م •

كان الضرر بجاره ضررا بينا – أى ظاهرا – فيمنع من ذلك » (١٦) .

– منع الضرر غير المألوف (الضرر الفاحش) :

بينا فيما سبق أن الأصل أو الأساس هو أن للمالك أن يتصرف فى ملكه كيف شاء ، ولا يمنع الشخص من تصرفه فى ملكه ماشاء مالم يضر بغيره ضررا بينا ، أى ضررا غير مألوف لم تجر العادة على التسامح فيه . وقد بين فقهاء الحنفية أن القياس فى هذا المجال يقتضى أن المالك حر فى ملكه يتصرف فيه كما يريد مهما أضر بجاره وأن كان ليس له فعل ما يضر به ديانة لا قضاء (١٧) . وبهذا قال أيضا بعض المالكية والشافعى وداود الظاهرى (١٨) – ولكن القياس يترك فى المسائل التى يؤدى استعمال الحق فيها الى الحاق ضرر فاحش أى ظاهر بالغير .

– المعيار الذى يحدد على أساسه الضرر الفاحش :

يحدد فقهاء الشريعة الاسلامية الضرر الفاحش بأنه ما يكون سببا للوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش (١٩) .

---

(١٦) الدر المختار جـ ٤ ص٣٧٥ مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين .

(١٧) انظر : بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٤ ، المبسوط جـ١٥ص٢١

(١٨) انظر : المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، المنتقى للباجى ، جـ ٦ ص ٤١ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٧٠ ، الأم جـ ٣ ص٢٢٠ ، المحلى لابن حزم جـ ٨ ص٢٤١ ، ٢٤٢ .

(١٩) انظر : فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٩٦ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، م ٥٩٠ من مرشد

ومن هذا يتضح أن الضرر الفاحش الواجب رفعه يتنوع الى أنواع متعددة(٢٠) .

الأول : المانع من السكنى ، الثاني : المتلف للمباني ، الثالث : الموهن للبناء ، الرابع : المضر بالمال ، الخامس : المعرض النساء للاطلاع عليهن .

وقبل أن نتحدث عن هذه المعايير التي يحدد على أساسها الضرر الفاحش وبالتالي تترتب مسئولية المالك عن هذا الضرر ، نحب أن ننوه الى أن الضرر ان كان فاحشا ففيه مذهبان :

المذهب الأول : يرى أصحاب هذا المذهب أن للمالك التصرف في ملكه كيف شاء ، مادام تصرفه في حدود الانتفاع المشروع ، ولو ترتب عليه ضرر بغيره ، لأن الناس مسلطون على أموالهم ولهم الانتفاع بها كيف شاءوا ولا ضمان على المالك في شيء من ذلك لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان . والى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعي وداود الظاهري وبعض المالكية (٢١) .

=

الجيران ، المنتقى للباجي ج ٦ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤ ، البهجة شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٣٣٦ ، فتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيثمي ج ٢ ص ٢٤١ ط مصطفى محمد ، جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ط ثالثة سنة ١٩٦٢م مصطفى الحلبي ، الطرق الحكمية في السياسية الشرعية لابن القيم ص ٢٦٤ تحقيق محمد حامد الفقي ط السنة المحمدية سنة ١٣٧٢هـ — ١٩٥٣م .

(٢٠) انظر : الشيخ علي قراعة في دروس في المعاملات الشرعية ص ١٧ وما بعدها مطبعة الفتوح .

(٢١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٥٢ ط أولى سنة ١٣٠٨هـ ، الفتاوى البزازية ج ٣ ص ٤١٤ ط ثانية سنة ١٣٧ بهامش الفتاوى الهندية .

المذهب الثاني : ويرى أصحاب هذا المذهب أن كل ضرر فاحش ممنوع ، فالانسان في استعماله لحقه مقيد بألا يؤدي الى ضرر بغيره أو بعبارة أخرى بشرط ألا ينشأ عن هذا الاستعمال ضرر فاحش أو مستديم بغيره • فتوزيع الحقوق لا يعني أن كل واحد معزول في تصرفاته عن غيره ، بل يعني أنه مسئول عن حفظ التوازن بين مصلحته، والمصالح الأخرى المتعارضة ، فلا يستعمل حقه بما يلحق ضررا فاحشا بغيره ، ولو كان في استعماله حسن النية (٢٢) والى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد ومتأخرو الحنفية وذهب اليه أيضا المالكية في مسائل وقال به أبو حنيفة في علاقات الجوار بالعلو والسفل ، كما قال بذلك أيضا بعض الشافعية ، وهو مذهب الحنابلة (٢٣) •

هذا ومن الجدير بالذكر أنه وان كان منع الضرر الفاحش الناتج عن استعمال الحق هو ما ذهب اليه جمهرة الفقهاء ، الا أن هذا أيضا محل اعتبار عند غيرهم من الفقهاء الذين ذهبوا الى حرية استعمال الحق دون قيد •

فتاوى قاضيخان ج ٣ ص ٤٧٣ مطبعة المتوكل سنة ١٢٨٢هـ ـ فتح المبين لشرح الأربعين ج ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، الأم ج ٣ ص٢٢٢ ، المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٢ ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، المنتقى للباجي ج ٦ ص ٤١ ، حلي المعاجم ج ٢ ص ٣٤٣ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٧ •

(٢٢) انظر د• محمد زكي السيد نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٨١ بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الرابع سنة ١٩٨٦م •

(٢٣) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٣٥ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٤،المنتقى ج ٦ ص ٤٠،٤١، حاشية ابن قاسم العبادي ج ٢ ص ٢٤١ ، المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٥٧ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ •

فقد نص ابن حجر الهيتمى من الشافعية على أن تصرف الانسان فى ملكه بما يضر بجاره كفتح كوة وتعلية بناء مشرف على الجار وغيرهما يبيحه الشافعى ان أضر بالمالك ، ويمنعه ان أضر بالملك ، والفرق بينهما أن الأول يحتمل عادة ، ويمكن الاحتراز عنه بجعل ساتر لعياله يمنع من النظر اليهم ، بخلاف الثانى ، ويمنعهما غيره أخذا بعموم حديث « لا ضرر ولا ضرار » . ثم ذكر تأييدا لمذهب الشافعى أن الحديث مخصوص لاتفاقهم على جواز صور من الضرر كوضع آلات البناء من حجر وطين وغيرهما من آلات البناء فى الشارع زمن العمارة وكنفض أوعية تراب أوجص عند الأبواب فانه جائز وان أضر المارين لأن هذا مما لا غنى عنه مع قلته وبأن ظاهر الحديث امتناع الضرر ولو لمن أضرك مع تخصيصه بالصائل ونحوه ممن يجوز دفعه ولو بقتله(٢٤) . كما جاء فى نهاية المحتاج للرملى : « واختار جمع المنع من كل مؤذ لم يعتد » (٢٥) .

فهذه العبارة تفيد منع المالك من الضرر الذى لم يعتد ، أى غير المألوف لكونه فاحشا (٢٦) .

وابن حزم الظاهرى نجده مع أنه من أشد أنصار حرية تصرف الانسان فى ملكه ، الا أنه يمنع ضرر الجار بالدخان فيقول : «ولا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى وقد حرم الله تعالى أذى المسلم» (٢٧) .

---

(٢٤) فتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيثمى ص ٢٣٨،٢٣٩

(٢٥) نهاية المحتاج للرملى ج ٥ ص٣٣٤ ط سنة ١٣٥٧هـ ـ ١٩٣٨م مصطفى الحلبى .

(٢٦) د. محمد زكى السيد فى البحث السابق ص ٨٤ .

(٢٧) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٢٤٢ .

وبعد أن بينا خلاف الفقهاء فى الضرر الفاحش نعود الى المعايير التى ذكرها الفقهاء لتحديد هذا الضرر •

(أ) الضرر المانع من السكنى وأمثلته :

يعد من قبيل الضر الفاحش الواجب رفعه كل ما يمنع الحوائج الأصلية للسكنى • ومن الحوائج الأصلية للساكن أن يكون هواؤه الذى يستنشقه هو وأسرته خاليا مما يفسده فسادا فظيعا وخصوصا اذا كان مستمرا وذلك كتراب البيدر (٢٨) ودخان الحمام ، كما أن مما يلزمه أيضا ألا يجلب هواؤه عليه رائحة كريهة لا يطيق المقام معها كالرائحة الآتية من ديدان الابريسم بعد موتها ومن مدبغة الجلود ومن معصرة الزيوت ، فاذا حصل من الجار شىء مما ذكر كان للجار المتضرر أن يطالب رفعه (٢٩) •

(ب) الضرر باتلاف مبانى الجار :

لا يجوز للجار أن يعمل عملا يضر ببناء جاره ويتلفه فلو فعل شيئا من ذلك أمر برفعه •

ويترتب على ذلك أنه اذا أراد المالك أن يحفر بئرا فى أرضه أو بالوعة فان كان يضر حفرها بجدار جاره فانه يمنع منها ويكون للجار أن يجبره على رفع هذا الضرر بأحكام البناء بالمؤن فان لم يفعل أو لم

---

(٢٨) البيدر هو الموضع الذى تداس وتدرس فيه الحبوب وتذرى، ويقال له الأندر أيضا انظر : مختار الصحاح والمصباح المنير مادة : بدر •

(٢٩) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ، م١٢٠٠ من مجلة الأحكام العدلية ، حلى المعاصم للتاودى ج ٢ ص ٢٤٣ ، البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٣٣٧ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، المنتقى للباجى ج ٦ ص ٤٦ ومن الفقه الحديث الشيخ على قراعة السابق ص ١٨

يمكن أمر برفعه • وأما اذا كان لا يضر بالجدار وانما يضر ببئر جاره في تقليل مائها أو اعدامه بالكلية فانه لا يمنع على القول الراجح (٣٠)•

(ج) الضرر بعمل ما يوهن البناء :

الضرر بعمل ما يوهن البناء يجب رفعه كالضرر بعمل ما يتلف البناء • وعلى ذلك فانه يعتبر من الغلو في استعمال الحق أن يدق الشخص في ملكه دقا يؤدى الى حفر حيطان الجار وهدمها •

وبناء على هذا فقد ذهب الأحناف(٣١) الى أنه اذا كانت الدار مجاورة لدور وأراد صاحبها أن يبني فيها تنورا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين لم يجز ويمنع من ذلك لأنه يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه ، لأن الرحى

---

(٣٠) انظر : البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٣٢٧، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٨ ، المدونة ج ١٥ ص ١٩٦ ، حلى المعاصم ج ٢ ص ٣٤٣ والمادة ١٢٩١ من مجلة الأحكام العدلية ، جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ وانظر في استعمال الحق عموما : النظرية العامة للموجبات والعقود لصبحي المحمصاني ص ٢٧ ، ٥٣ ، المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون لمحمد فوزي فياض ص ٢٨٨ وما بعدها رسالة دكتوراه من شريعة القاهرة سنة ١٣٨٢هـ ــ ١٩٦٢م على الآلة الضاربة ، نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية الجنائية في الفقه الاسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ص ٢٢ ــ ٢٥ ط أولى سنة ١٣٨٩هـ ــ ١٩٧٠م دار الفكر، النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية للدكتور أحمد فهمي أبو سنة ص ١٠٠ وما بعدها مطبعة دار التأليف سنة ١٣٨٧هـ ــ ١٩٦٧م الضمان في الفقه الاسلامي للمرحوم الشيخ على الخفيف ص ٩٢ ــ ١٠١ ط سنة ١٩٧١ المطبعة الفنية الحديثة •

(٣١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ •

والدق يوهن البناء ويهدم الحيطـان وبهذا قال المالكية (٣٢) أيضـا فيمنع عندهم أن يحدث الجار فى عرصته ما يضر بجيرانه من بنـاء حمام أو فرن للخبز أو كير لعمل الحديد أو رحى للطحن ، ومثل هذا أيضا عند الحنابلة (٣٣) •

(د) الضرر بعمل ما يتلف المال :

كما أنه يجب منع الضرر عن نفس الجار وعن بنائه يجب منـع الضرر عن ماله ، فاذا عمل الجار عملا يضر بمال جاره ضررا ينقص قيمته كلف برفع هذا الضرر ومثال ذلك ما لو أحدث رجل دكان طباخ فى سوق البزازين وكان الدخان يضر بأمتعة الجار ضررا فاحشا فانه يكلف برفع ضرره (٣٤) •

هذا وليس بلازم أن يؤدى الغلو فى الاستعمال الى اتلاف شىء يملكه الغير حتى يكون مسئولا عن غلوه فى استعمال حقـه ، بل يجب منع المالك من هذه الصورة من الاستعمال مادام قد أدى الى الاضرار بالغير حتى ولو لم يؤد الى شىء من الاتلاف (٣٥) ، فيجب منع المالك مثلا من القاء القمامات ، أو التـراب أو الحجـارة أمـام ملكه ، ومنعه من رش الشارع رشا مفرطا ، وما ماثل ذلك من ربط الـدواب مدة طويلة فى الشارع ، وفى هذا المجال يقول فقهاء الشافعية :

« يجب منع ما جرت به عادة العلافين من ربط الدواب فى الشارع

---

(٣٢) انظر : البهجـة فى شرح التحفـة جـ ٢ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ ، المنتقى للباجي جـ ٦ ص ٤١ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ •

(٣٣) انظر : جامع العلوم والحكم ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٦٤ •

(٣٤) انظر : الشيخ على قراعة فى المرجع السابق ص ١٩ •

(٣٥) انظر : د• محمد رأفت عثمان فى المرجع السابق ص ١٠٩ •

الكراء فلا يجوز وعلى ولى الأمر منعهم لما فى ذلك من مزيد الضرر» (٣٦)

ومن هذا أيضا اشتداد صوت آلات الحدادين والنجارين ودوامها الذى يسبب الضوضاء المقلقة للسكان ومنه كذلك احداث اصطبل للخيول ونحوها من الدواب أمام باب غيره لما فيه من الضرر الناتج من بول الدواب وزبلها بالحيطان مع حركتها ليلا ونهارا المانعة من النوم (٣٧) .

(هـ) الضرر بعمل ما يمكن من الاطلاع على نساء الجار :

كما أن الجار يتضرر بعمل ما يؤذيه فى نفسه أو ماله يتضرر أكبر الضرر بعمل ما يمكن الغير من الاطلاع على نسائه والنظر اليهن وخصوصا فى منزل سكناه وفى الأماكن التى لا يمكن فيها للنساء عادة أن تتجنب كشف شىء من عوراتها فيها .

فاذا عمل شخص على أن يتمكن من الاطلاع عليهن وهن فى مساكنهن وقد يكن فى حالة بعيدة عن الاحتشام كان فى ذلك أكبر الضرر وللمتضرر أن يطلب ازالته ورفعه .

ومن أمثلة ذلك ما ذكره المالكية (٣٨) وبعض الحنفية (٣٩) من أن

---

(٣٦) حاشية ابن القاسم العبادى على تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمى جـ ٢ ص ٢٤١ .

(٣٧) انظر : الشرح الصغير للامام الدردير جـ ٤ ص ٣٨ تحقيق الشيخ محمد محيى الدين عبد الحميد ط ثانية سنة ١٩٦٣ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٣٣٣ دار احياء الكتب العربية ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٣٧ ، حلى المعاجم جـ ٢ ص ٣٣٦ .

(٣٨) انظر : الشرح الصغير للدردير جـ ٤ ص ٣٧ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٣١ ، المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ ، البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٣٨ ، حلى المعاصم جـ ٢ ص ٣٣٨ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٩ .

المالك اذا أراد أن يفتح كوة ـ أى طاقة ـ تشرف على جاره أو شباكا يشرف عليه من باب أولى فانه يمنع من ذلك اذا كانت الفتحة بحيث تمكن صاحبها من الاطلاع على جاره وأهله • ويؤمر برفع الضرر بصورة تمنع وقوع النظر ببناء ساتر أو غيره •

ولا فرق فى هذا بين الضرر الحديث والقديم عند الأحناف • فلو كانت دار قديمة بهذا الوصف فللجيران الحادثين أن يطالبوا بتغيير القديم عما كان عليه ، لأن الضرر البين يزال ولو قديما ، اذ لا فرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما (٤٠)

وبمنع الكوة قال المالكية أيضا كما سبق القول الا أن المالكية قيدوا ذلك بأمرين :

الأول : أن يكون الفتح جديدا • فان كان الفتح قديما فانه لا يقضى بسده ويقال للجار أستر على نفسك ان شئت • الثانى : ألا تكون الفتحة عالية بحيث لا يمكن التطلع منها على الجار الا بالصعود على سلم مثلا فاذا كانت عالية بهذا المقدار فانه لا يقضى كذلك بسدها •

واذا حكم بسد هذه الفتحة التى توافر فيها هذان القيدان فانه لا يكتفى بسد ظهرها مع بقاء شكلها على ما هو عليه ، لأنه يمكن أن يكون فى المستقبل ذريعة لأن يدعى صاحبها أنها قديمة ويطالب بفتحها فلابد اذن من سد الفتحة من أصلها وازالة كل ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما (٤١) •

---

(٣٩) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٦ ، الفتاوى الخيرية ج ٢ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ط ثانية ببولاق سنة ١٣٠٠هـ •

(٤٠) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠٢ •

(٤١) انظر : منح الجليل للشيخ عليش ج ٣ ص ٣٢٩ الناشر

شروط مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة :

يشرط فى الضرر الذى يرتب مسئولية المالك ويكون من الواجب رفعه أن يكون ضررا فاحشا ، وأن يكون متيقنا لا متوهما ، وألا يكون المتضرر دخل فى وجوده (٤٢) .

الشرط الأول : أن يكون الضرر فاحشا بالمعنى السابق تحديده . فلو كان الضرر بسيطا لم يكلف محدثه برفعه . ومن أمثلة ذلك الأضرار اليسيرة أو العادية التى سبق أن تحدثنا عنها فلا داعى للتكرار .

الشرط الثانى : أن يكون الضرر متيقنا لا متوهما :

فلو كان الضرر متوهما لا يلتفت اليه . ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

(أ) لرجل شباك يطل على مقر نساء جاره الا أن الشباك مرتفع عن قامة الانسان بحيث أن الواقف بجواره لا يمكنه أن ينظر منه الى بيت الجار لارتفاعه عن قامته فتضرر الجار من هذا الشباك بحجة أن صاحبه يمكنه أن يضع سلما ويصعد به الى مقر الشباك فينظر منه الى مقر نسائه .

(ب) لرجل شجرة فاكهة فى جنينته فتضرر الجار من هذه الشجرة ، لأن صاحبها عند صعوده اليها لأخذ ثمرها يشرف على مقر نسائه — فاذا تضرر الجار فى هاتين الصورتين مطالب برفع الضرر بسد الشباك وقطع الشجرة لايجاب الى ما طلب ، لأن الضرر هنا

مكتبة النجاح بليبيا ، المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥٥ ، د. سليمان محمد أحمد فى ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ص ٣٢١ ط أولى سنة ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م د. محمد رأفت عثمان السابق ص ١٠٦ .

(٤٢) انظر الشيخ على قراعة فى المرجع السابق ص ١٧ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ .

متوهم والضرر الذى يجب رفعه هو الضرر المتيقن، الا أنهم قالوا انه يلزم صاحب الشجرة عند قصد صعودها هو أو من اشترى من ورقها أو ثمرتها اعطاء الناس الخبر لأجل التستر والا منع من الصعود (٤٣).

الشرط الثالث : ألا يكون للمتضرر دخل فى وجود الضرر :

الضرر الذى يجب رفعه ويكون للمتضرر حق طلب ازالته هـــو الضرر الذى يحصل بفعل الغير ولايكون للمتضرر دخل فى وجوده، فان كان المتضرر دخل فى وجود ما يتضرر منه لم يكن له أن يطلب رفعه وان طلب لايجاب الى طلبه ومن أمثلة ذلك ٠ دار قديمة لرجل فيها شـــباك فجاء جاره وبنى بجواره دارا وجعلها بحيث أن شباك دار جاره القديمة يشرف على مقر نسائه فتضرر صاحب الدار الحديثة من شباك جـــاره صاحب الدار القديمة وطلب رفع هذا الضرر فانه لايجـــاب الى طلبه لأن هذا الضرر لم يحصل الا بفعله وهو بناؤه داره بالوضع الذى ترتب عليه أن شباك دار جاره صار مشرفا على مقر نسائه ولو كان قد بنى داره بوضع آخر لم يحصل هذا الضرر ــ ويلاحظ أن هــــذا الشرط الأخير يشترطه الأحناف فقط وسنزيد هذا الشرط ايضاحا فى البنــــد التـــالى :

أسبقية الاستعمال أو الاستغلال :

الغرض فى هذه المسألة أن لرجل تنور قديم أو حمام أو غير ذلك فجاء جاره وأحدث بجوار التنور أو الحمام دارا ثم تضرر بعد سكناه اياها من دخان التنور أو الحمام وطالب برفع هذا الضرر فهل يجاب الى طلبه أم لا ؟

---

(٤٣) انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠٠ ، ٥٠١ ، الفتاوى الخيرية جـ ٢ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ ، المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ ، حلى المعـــاجم جـ ٢ ص ٣٣٨ ٠

خلاف بين الفقهاء :

ذهب الأحناف الى أنه ليس لمالك المنـزل أن يتضرر من صاحب التنور أو الحمام لأن بناءه دليل على رضاه بكل ما يتوقع من الدخان وغيره من مضار التنور والحمام • فقد جاء فى المادة ١٢٠٧ من مجـلة الأحكام العدلية : أنه لو تصرف الانسان فى ملكه تصرفا مشروعا فجاء آخر وأحدث عنده بناء ، فان كان هذا المحدث متضررا فعليـه دفـع الضرر ببناء ساتر أو غيره ، فاذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع هو مضرته بأن يقيم ساترا فى ملكه ، وليس له صلاحية أن يدعى على صاحب الدار القديمة •

وكذلك لو كان لدكان حداد عرصة متصلة به وأحدث فيها شخص دارا فليس له أن يطلب تعطيل دكان الحداد لأنه يحصل لـداره ضرر فاحش من طرق الحديد •

ومثل هذا لو كان هناك بيدر قديم وأحدث أحد دارا بالقرب منه فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية بحجة أن غبار البيـدر يجىء على داره •

ومثل هذا أيضا ما جاء فى مرشد الحيران فالمادة ٦١ تنص على أن « سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا » • فلا يسوغ احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه وان فعـل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه » كما نصت المـادة ٦٢٥ على أن « رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ احداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء جاره وان أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر اما بسد الشباك أو ببناء ساتر فان

كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده»
ونصت المادة ٦٣ على أنه « ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا
مشروعا فأحدث غيره بجواره بناء مجددا فليس للمحدث أن يتضرر
من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نشائه بل هو الذى
يلزمه دفع الضرر عن نفسه » •

ومن هذا يتضح أن الضرر الفاحش يتحقق من صاحب البناء
اللاحق ، اذا كان من شأنه أن يمنع الضوء عن الجار ، أو كان يمكن
منه رؤية محل النساء ، وذلك باعتبار أن الوضع السابق قد استقر ،
فلا يصح القيام بأفعال تخل بهذا الاستقرار وعلى العكس ليس لمن
جاء فيما بعد أن يتضرر اذا كان البناء السابق يجرح منزله بامكان
رؤية الحريم ، لأنه كان يتعين عليه مراعاة ذلك فى بنائه ، نظرا
لاستقرار الوضع بالنسبة للأول قبل الثانى(٤٤) • وبهذا الرأى قال
بعض فقهاء القانون المدنى كما سارت المذكرة الايضاحية أيضا على
مذهب الأحناف •

وذهب جمهور الفقهاء (٤٥) الى أن أسبقية الاستعمال أو
الاستغلال لا تعصم المالك من المسئولية عن الضرر الفاحش الذى
يلحق الجيران • ولذلك فان الضرر يزال سواء كان قديما أو حديثا ،
لأن الضرر لا يجاز أصلا وان طال ، اذ الحيازة انما تكون فى الأملاك
وأما الضرر فيزيده طول التقادم ظلما وعدوانا • وعلى ذلك وكما سبق

---

(٤٤) انظر : فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص
١٩٦ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ وانظر أيضا الشيخ على
قراعة فى المرجع السابق ص ٢٣ وما بعدها •

(٤٥) انظر : تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥٥ ، البهجة جـ ٢ ص ٣٣٨ ،
المنتقى جـ ٦ ص ٤٣ ، منح الجليل جـ ٣ ص ٣٣٩ ، جامع العلوم والحكم
ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، الطرق الحكمية ص ٢٦٤ ـ نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣٣٤ .

القول فلو كانت دار قديمة بهذا الوصف فللجيران الحادثين أن يطالبوا بتغيير القديم عما كان عليه ، لأن الضرر البين يزال ولو قديمـــا اذ لا فرق بينهما حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما • ويرى جمهور الفقهاء أخذ معظم فقهاء القانون المدنى المصرى •

والذى أميل اليه هو رأى جمهور الفقهاء الذى لم يفرق بين قديم الضرر وحديثه خاصة اذا أخذنا فى الاعتبار أن هذا الرأى فيه مراعاة لحق الجار بمنع الضرر الفاحش أو المستديم عنه • بل ان الشريعــة الاسلامية كما سبق القول لم تقف عند حد أعطاء الجار حقوقه فحسب ولكن أمر الله بالاحسان اليه فى قوله تعالى « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب»(٤٦) كما أمر عليه الصلاة والسلام باكرامه فقال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » (٤٧) ونهى عليه السلام عن ايذائه فقال : «من كان يؤمن بالله واليوم الآخـــر فلا يؤذ جاره » (٤٨) •

الشريعة الاسلامية هى المصدر الذى استلهم منه المشرع الوضعى المصرى أحكام المضار غير المألوفة :

جاءت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الحالى بما يفيد أن النص على عدم الغلو فى الاستعمال انما يقرر التزامات الجــوار فيجعلها التزامات قانونية « وهى التزامات لا مصدر لها الا القضــاء المصرى قررها مهتديا فى تقريرها بالشريعة الاسلامية • فقننها المشروع كما هى مقررة فى القضاء المصرى وفى الشريعة الاسلاميـــة معـــا ،

---

(٤٦) سورة النساء من الآية رقم ٣٦ •

(٤٧، ٤٨) الحديثين سبق تخريجهما •

فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف ••••• والمهم هو تحديد الغلو ••• والمعيار هو الضرر غير المألوف ••• والضرر الفاحش هو غير المألوف »(٤٩) •

وهذه الاشارة الى الشريعة الاسلامية بخصوص عدم الغلو ليست بحاجة الى بيان • فالشريعة الغراء هى المصدر الذى استلهم منه المشرع الوضعى أحكام الغلو فى الاستعمال وقد سبق أن بينا أن ما ذكرته المذكرة الايضاحية قد سارت وفقا لمذهب الأحناف • كما أن القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى السابق والذى جاء خاليا من النص على التزامات الجوار كان يطبق فى هذا الشأن مابدىء الشريعة الإسلامية وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن : « الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها ، تتقيد بواجب الامتناع عن الحاق أى ضرر جسيم بالجار •••• ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه » وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادىء ذاتها (٥٠) •

المطلب الثانى :

ماهية الغلو الذى يرتب مسئولية المالك فى القانون المدنى :

ـــ مضمون الالتزام بعدم الاضرار بالجار :

تنص المادة ٨٠٧ من القانون المدنى المصرى الحالى على ما يأتى :

١ ـــ على المالك ألا يغلو فى أستعمال حقه الى حد يضر بملك الجار •

---

(٤٩) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣١ ـ ٣٢ •

(٥٠) انظر : الأستاذ حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ص ٢٥٣ •

٢ ـ وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات • وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له • ولا يحـــول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » •

٢ ـ المبدأ بالنهى ونطاقه (١) :

يتضمن نص المادة ٨٠٧ مدنى نهيا توجه به المشرع الوضعى الى كل مالك وهو نهى عن أن يغلو فى استعمال حقه الى الحد الـــذى يضر بالجار والا كان مسئولا • ويلاحظ أن مسئولية المالك تقوم على الرغم من أنه يباشر احدى سلطاته على المملوك وهى سلطة الاستعمال • ولم يكتف المشرع الوضعى بالخطر السابق بمجرده بل أضاف أن الخطر وجزاء مخالفته مسئولية المالك مدنيا ، لا يشمل كل مغالاه بل يقتصر فقط على كل ما يؤدى منها الى الحاق ضرر غير مألوف بملك الجار • فالخطر بجزائه ينحسر عن الضرر المألوف ولو كان ناتجا عن كيفية فى الاستعمال •

فالمغالاة والضرر المألوف قرينها يمثلان الاطار لمسئوليـــة المالك مدنيا عن استعماله لحقه على الوجه الذى تشوبه تلك المغالاه وبالكيفية التى تحدث ذلك الضرر على وصفه المذكور •

وبالرغم من أن النص السابق يتكلم عن المالك الا أن حكمه يمتد فيشمل فعل كل من يشغل العقار ذلك آن نص المادة ٨٠٧ مدنى يفصح عن قيام التزام عينى يحمل الملكية لا شخص المالك وهو التزام ينشأ

---

(١) انظر : د• طلبة وهبة خطاب فى النظام القانونى لحق الملكية فى القانون المدنى المصرى ص ٨٧ ط ١٩٨٧ •

بمجرد التجاور بين عقارين يشغلهما شخصان لكل منهما موقع محـــدد ولا بشرط أن يكونا مالكين • فالضوضاء أو الدخان المنبعثة من شـــقة مثلا تسبب نفس المضار سواء كان الجار مالكا أو مستأجرا (٢) •

٣ ــ تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة :

لكى نحدد حالة مضار الجوار غير المألوفة يجب أن نميز بـــين حالات ثلاث :

١ ــ مجاوزة الحدود الموضوعية للحق •

٢ ــ حالة التعسف فى استعمال حق الملكية •

٣ ــ حالة مضار الجوار غير المألوفة •

١ ــ مجاوزة الحدود الموضوعية للحق •

اذا تجاوز المالك حدود حقه كأن فتح فى البناء الذى يقيمه على أرضه مطلا على ملك الجار على مسافة أقل مما حدده القانون أو وضع مواد البناء فى أرض جاره ، أو سالت باهماله المياه المتخلفة عن مصنعه الى أرض جاره كان مسئولا طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية عـــن الضرر الذى يلحق جاره • وقد يسأل المالك باعتباره حارسا لما يملكه ، عن الضرر الذى يحدثه تهدم البناء ، أو فعل الحيوان ، أو الشىء غير

---

(٢) انظر : الأستاذ الدكتور السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٨٦ دار احياء التراث العربى بيروت ، أ٠د٠ أحمد سلامة فى الملكية الفردية فى القانون المصرى ص ١٠٩ هامش (١) ط أولى سنة ١٩٧٠ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى حق الملكية والتأمينات العينية والشخصية ص ٣٢ ط سنة ١٩٨٧م ، د٠ محمد ربيب شنب فى موجز فى الحقوق العينية الأصلية ص ٢٣٧ ط ١٩٧٣ •

الحدى طبقا للقواعد العامة فى المسئولية عن الأشياء (٣) •

ــ التعسف فى استعمال الحق :

كذلك يسأل المالك اذا تعسف فى استعمال حقه ، كما لو قصد باستعمال الشىء المملوك له الاضرار بغيره ، أو كانت المصالح التى يجنيها من استعماله قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة م ٥ من القانون المدنى •

ففى الحالات الثلاث السابقة ــ حالات التعسف الواردة فى المادة الخامسة من القانون المدنى ــ يعد سلوك صاحب الحق سلوكا خاطئا، اذ هو يقصد الاضرار فى الحالة الأولى وهذا هو الشأن فى الحالة الأخرى • حيث يفترض أن الشخص الذى لا يسعى من وراء استعماله لحقه الا الى مصلحة تافهة بالنسبة لما يصيب الغير من ضرر ، انما هو بقصد الاضرار بهذا الغير ، وهذا هو الشأن بالنسبة لمن يرمى الى تحقيق مصلحة غير مشروعة من وراء استعمال حقه (٤) •

---

(٣) انظر : أ•د• محمود جمال زكى فى الحقوق العينية الأصلية ص ٥٧ ط سنة ١٩٧٨ ، د• طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٨٨ ، د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٦ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٢٨ ، أستاذنا الدكتور لاشين الغاياتى فى حق الملكية وأسباب كسبه ص ٨٢ مذكرات على الآلة الضاربة سنة ١٩٨٠ ، حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والتعاقدية ص ٢٦٩ ط ثانية سنة ١٩٧٩ •

(٤) انظر : أ•دد توفيق حسن فرج فى الحقوق العينية الأصلية ص ١٤٧ ط ١٩٨٣ •

— مضار الجوار غير المألوفة :

على أن المالك قد لا يخالف نصا فى القانون ، ولا يتجاوز حدود حقه ، ولا يتعسف فيه ، ومع ذلك يلحق جيرانه نتيجة استعماله لحقه ضرر لم يكن فى وسعه أن يتجنبه كأن يقيم مصنعا بعد الحصول على ترخيص به واتباع جميع الاشتراطات التى يتطلبها القانون ، بل وانجاز كل الاحتياطات الفنية التى من شأنها منع الضرر ، فهل يظل رغم ذلك مسئولا قبل جيرانه عن الأضرار التى تلحقهم نتيجة وجود مصنعه أو العمل فيه ؟

تجيبنا على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كما سبق أن رأينا بقولها : «ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف .

فالصورة التى يعالجها هذا النص هى صورة مالك استعمل حقه دون أن يرتكب أى خطأ ، أى هو بذل فى ذلك العناية الواجبة واتخذ من الاحتياطات ما يلزم فى الظروف التى يوجد فيها ، ودون أن يخالف القوانين واللوائح الخاصة ودون أن يتعسف فى استعمال هذا الحق ومع ذلك فان استعماله قد ألحق بالجار مضار غير مألوفة فهنا لو طبقت قواعد المسئولية التقصيرية أو طبقت نظرية التعسف لأفلت المالك من أى حساب وتحمل جاره هذه المضار . وواضح أن هذا الافلات من الجزاء يحدث اختلالا بالتوازن فى استعمال العقارات المتجاورة وتلك نتيجة لم تعد تستقيم مع اعتبار حق الملكية حقا مقيدا . ولهذا فقد تدخل المشرع الوضعى بنص المادة ٨٠٧ مدنى ليعيد التوازن المختل وليمكن الجار من المطالبة بمنع هذه المضار أو بالتعويض عنها(٥) .

---

(٥) انظر أ.د. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٠ .

مما سبق يتضح الفرق بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالتى مجاوزة الحدود الموضوعية للحق والتعسف فى استعمال هذا الحق • ففى الحالة الأولى يكون هناك خطأ ثابت أو مفترض فى جانب المالك ولذلك يعوض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلا • وفى حالة التعسف فى استعمال حق الملكية يكون من المتعين أيضا حد الضرر مهما كان ضئيلا، أما فى المسئولية عن حالة مضار الجوار غير المألوفة والتى نحن بصددها فلا يكون هناك أى خطأ فى جانب المالك ، ولا يكون المالك متعسفا فى استعمال حق ملكيته فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجا عن حدود حق الملكية ولا تعسفا فى استعمالها ، بل كل ما هنالك أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجار ، ولذلك لا يعوض الجار عن الضرر الا اذا كان ضررا غير مألوف أى ضررا فاحشا ، ولا يعوض عن الضرر المألوف أى الضرر الذى لا يمكن تجنبه بين الجيران(٦) •

ولا شك أن للصورة المتقدمة أهمية كبيرة فى الوقت الحاضر ، نظرا لاتساع العمران وازدياد عدد المصانع وهى مصدر أضرار مختلفة للجيران بما ينبعث عنها من أدخنة وأبخرة تسىء الى صحتهم وبما يحدثه سير العمل فيها من ضوضاء تعكر صفو راحتهم أو من ارتجاجات منتظمة توهن أساسات منازلهم ويؤدى كل ذلك الى الحاق الخسارة بهم نتيجة هبوط قيمة عقاراتهم ، بل ان المحال التجارية والمحلات العمومية قد تكون مصادر مضار جدية كاللافتات المضيئة بما تحدثه من ضوء مبهر والضوضاء التى تحدثها محال بيع أجهزة المذياع أو أدوات الموسيقى أو المسارح أو دور الخيالة والصخب والصياح الذى

---

(٦) انظر : أ•د• السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٤ ، د• طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٨٩ ، أ•د• توفيق فرج فى المرجع السابق ص ١٤٨ •

يحدثه التلاميذ فى المدارس وتزداد على مر الزمن أهمية المسألة تحت تأثير عوامل اجتماعية ، باتساع رقعة المدن وعلى الخصوص بازدياد كثافة السكان فيها ، وعوامل فنية بكثرة استخدام الآلات التى تزيد متاعب الناس بقدر ما تيسر وسائل الحياة لهم وعوامل نفسية بازدياد وعى الأفراد وادراكهم لحقهم فى حياة مريحة هادئة(٧) •

فى هذه الأمثلة وغيرها تضع المادة ٨٠٧ مدنى حدا لاستعمال الملكية المنوع والجائز •

الشروط الواجب توافرها فى حالة مضار الجوار غير المألوفة :

لا تقوم مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة طبقا للمادة ٨٠٧ مدنى الا بغلو فى استعمال حقه يحدث بالجار ضررا ينبغى أن يكون غير مألوف •

وتأسيسا على ذلك فلا مسئولية على المالك لمجرد أنه يغلو فى استعمال حقه دونما ضرر يلحق الجار مع أن ذلك نادر • وبذات القدر أيضا لا مسئولية على المالك مع الغلو وحتى مع الاضرار بالجار لو كان هذا الضرر مألوفا ، ذلك أن الجيرة أو التلاصق أو التقارب بين الأماكن عموما تسبب عادة مضايقات وأضرار لا يمكن تلافيها ، أو يمكن تلافيها ولكن بالتضييق على الناس فى استعمال حقوقهم ، ولذلك جرى العمل بين الجيران على تحمل قدر من هذه المضايقات والأضرار والتسامح بشأنها بحيث يمكن وصف هذا القدر بالمضار المألوفة ، فلا يكون لجار أن يرجع على جاره طالبا ازالة هذه المضار أو التعويض عنها • والا

---

(٧) انظر : فى هذه الأمثلة أ•د• محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٠ ، أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٠ أ•د• اسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية ص ١٢٩ – ١٣٠ ط ثانية سنة ١٩٦١ •

غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم وعد عزوفهم عن استعمال تلك الحقوق أمرا مألوفا وهذا غير صحيح(٨) .

ويقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـــدد :

« والمبدأ الأساسى الذى وضعه النص هو نهى المالك عن أن يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . فهناك اذن شرطان لمسئولية المـــالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك فى استعمال حقه . والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتما ، بل لابد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه . وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو ، ورسمت له معيـــارا مرنا لا قاعدة جامدة . فالغلو يتصف به كل عمل يحـــدث ضررا غير مألوف للجار ، فالمعيار اذن هو الضرر غير المألوف ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضـــهم لبعض من ضرر مألوف والا غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم . أما اذا أحدث عمل المـــالك ضررا غير مألوف بالجار فانه يصبح مسئولا عن تعويض هذا الضرر ... »(٩) .

وخلاصة القول أن شروط مســـئولية المالك ترجع وعلى حد تعبير الفقه(١٠) الى فكرة الغلو فى استعمال المالك لحق الملكية ، ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك فى استعماله لحق ملكيته الجار بضرر غير مألوف.

معيار الضرر غير المألوف :

الضرر غير المألوف هو الضرر الذى لم تجر العـــادة بتحمله دون

---

(٨) انظر : أ.د. ظلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٨٩ ، أ.د. محمد لبيب شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٧ ، أ.د. توفيق حســن فرج فى المرجع السابق ص ١٥٠ ؛ ١٥١ .

(٩) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣١ .

(١٠) انظر : أد.. السنهورى فى الوسيط جـ ٨ ص ٦٩٥ .

شكوى والغالب أن يكون ضررا فاحشا(١١) أو هو الضرر الفاحش غير اليسير(١٢) • وبعبارة أخرى يكون الضرر غير مألوف متى زاد عن الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار فاذا زاد الضرر على هـذا الحد كان ضررا غير مألوف ووجب التعـويض عنـه(١٣) •

وعن معيار هـذا الضرر يمكننا أن نسـتخلص ما يميزه من نص الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى التى تقول «وانما له (أى للجار) أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقـارات ، وموقع كل منهـا بالنسـبة للآخر والغرض الذى خصصت له » •

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـدد : « وقد قضت المادة ••• بأنه يراعى فى تحـديد الضرر غير المـألوف اعتبارات مختلفة منها : (أ) المعرف (ب) وطبيعة العقارات (ج) وموقع كل منها بالنسـبة للآخر (د) والغرض الذى خصصت له • فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضررا مألوفا فى ناحية مكتظة بالمصـانع والمقـاهى والمحلات العـامة ، يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحيـة هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس •

فاذا فتح محل مغلق للراحة فى وسط المساكن الهادئة كان فى هذا ضرر غير مألوف تجب ازالته »(١٤) •

---

(١١) انظر : أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٧ •

(١٢) انظر : أستاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فى شرح أحكام حق الملكية مذكرات على الآلة الضاربة ص ٣٧ ط ١٩٨٥ •

(١٣) انظر : أ•د• السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٦ •

(١٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٢ •

من ذلك نرى أن معيار « الضرر غير المألوف » جاء متسما بالمرونة لا قاعدة جامدة فيتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغايرة ويستجيب لمقتضيات كل منها •

وبكون المعيار مرنا يفيد أنه ليس هناك حد معين أو رقم معين يجب أن يصله الضرر حتى يقال عنه انه غير مألوف أو أن التسامح لا يرد عليه واذن فقد يتفق أن يكون ذات الضرر مألوف فى حالة وغير مألوف فى حالة أخرى(١٥) • فالمضايقات التى تنتج من الدخان قد تكون ضررا مألوفا فى الريف حيث يوجد بكل منزل (فرن) أو فى حى مخصص للمصانع ولكنه لا يعد كذلك فى حى سكنى المدينة وتصاعد الروائح من الدور الأسفل من مبنى قد يؤدى الى مضايقة صاحب الدور الأعلى ولكنه الى حد ما ضرر لا يمكن تجنبه بسبب موقع العقارات بعضها من بعض وفى هذه الحدود يعتبر ضررا مألوفا لا يسأل مالك السفل عنه(١٦) •

على أن يراعى فى تقدير الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها كما سبق القول لعرف طبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة للآخر ، والغرض الذى خصصت له •

العرف : والمقصود بذلك هو ما جرت به العادة بين الجيران فى مكان معين ، بحيث يعتبر الضرر مألوفا اذا جرت عادة الجيران فى هذا المكان على تحمله ، وبالعكس يعتبر الضرر غير مألوف اذا كانت العادة لم تجر بتقلبه أو التسامح بشأنه •

---

(١٥) انظر : أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٩ ، قرب حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٥ •

(١٦) انظر : أ•د• جميل الشرقاوى فى الحقوق العينية الأصلية ج ١ ٧٥ ط ١٩٧٤ ، أ•د• منصور مصطفى منصور فى حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ص ٢٥٦ ط ١٩٦٥ ، أ•د• حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ٢٩٨ ط ١٩٥٨ •

فالنظـر الى العرف يؤدى الى التفرقة بين ظروف المكان وظرف الزمان فالعرف مثلا يقضى بأن ما يتحمله أهل الريف قد لا يتحمله أهل المدينة • وكذلك جرى العرف فى الأعياد والمواسم وفى مناسبات مختلفة أن تشتد الحركة ويكثر الجلبى وبخاصة بين الصـبية الصـغار أو فى مناسبات الأفراح أو المـآتم أو الحفلات فكل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها وعلى الجيران أن يتحملوها دون الرجوع على المالك(١٧) •

طبيعة العقارات : قد تفرق طبيعة العقارات بين الضرر المـألوف والضرر غير المألوف خصوصا مع النظر الى الحى الذى يوجد به العقار فالضجة التى يحدثها مالك أرض فضاء عند استعماله لها لا تعتبر ضررا غير مألوف اذا كان ما حولها أراضى فضـاء بخلاف ما اذا كان مبـانى سـكنية • وما يعتبر ضررا غير مألوف فى حى سـكنى لا يعتبر كذلك فى حى صناعى •

موقع كل عقار بالنسبة للآخر : قد يحدد موقع كل عقار بالنسـبة للآخر الضرر غير المألوف • فتلاصق العقارات يوجب على أصحابها تحمل قدر من الأضرار ، لا يتعين على أصحاب العقارات غير الملاصقة تحملها •

فالحركة المحسوسة كدبيب الأقدام أو الدق فى المطبخ ضرر يجب أن يتحمله الجيران الملاصقون ، ولكن اذا كان الصوت يصل الى الجيران البعيدين فانه يعتبر ضررا غير مألوف(١٨) •

الغرض الذى خصص له العقار : يجب أن يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف الغرض الذى خصص له العقار فالعقـار المخصص لغرض

---

(١٧) انظر أ•د• السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٨ ، أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٩ ، أ•د• عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٧ ، أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ •

(١٨،١٩) انظر : أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ •

يتطلب تحقيقه قدرا من الهدوء كالسكنى ، أو الاستشفاء ، غير العقار المخصص ليكون مصنعا أو مكتبا أو محلا تجاريا . فيعتبر الضرر غير مألوف اذا كان من شأنه أن يفوت على مالك العقار الغرض المقصود من استعماله ، مادام هذا الغرض عاديا مألوفا . وعلى ذلك فالضجة التى يحدثها ورشة قد تعتبر ضررا غير مألوف اذا كان العقار المجاور لها مخصصا للاستشفاء أو النقاهة وتعتبر ضررا مألوفا اذا كان هذا العقار مخصصا سكنا عاديا (١٩) .

وجملة القول فى ذلك أن الضرر الذى يوجب التعويض هو الضرر غير المألوف أو غير العادى ؛ على ألا ينظر فى تقدير صفته الى الضرر فى ذاته . والا لما أمكن على الاطلاق مساءلة أصحاب المصانع عن الأضرار التى تلحق الجيران من مصانعهم ، لأن الاستغلال الصناعى أصبح الآن ، أمرا عاديا أو مألوفا بل يراعى فى تقديره الظروف التى تحيط به .

الضرر غير المألوف أو غير العادى ، وهو الضرر الذى لم يعتد الجيران تحمله فى منطقة محدودة ووقت معين . ويمكن القول بناء على هذا ، بأن المالك الذى لا يستعمل حقه وفقا للظروف العادية التى تحيط بالعقار الذى يملكه فى العصر الذى يعيش فيه ، يلتزم بتعويض الضرر الذى يحدثه ، لأنه بالاستعمال غير العادى أو غير المألوف لحق الملكية ؛ يهدم التوازن القائم فى علاقاته بجيرانه ومن هنا يظهر القيد الذى فرضه القانون فى المادة ٨٠٧ على حق الملكية لمصلحة الجيران(٢٠) .

ويلاحظ أن الظروف الأربعة السابقة المذكورة فى القانون ليست واردة على سبيل الحصر ، بل هى مجرد أمثلة للاعتبارات الموضوعية

---

(٢٠) انظر : أ.د. محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٦ .

التى يجب مراعاتها فى تقدير اذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف ، لذلك يجوز الاعتداد باعتبارات وظروف أخرى كاعتبار مستغل المسرح مسئولا عن الضجة التى يحدثها رواد مسرحه فى ساعة متأخرة من الليل(٢١) • كما أن ما يعتبر ضررا مألوفا فى حى صناعى أو تجارى قد يعتبر ضررا غير مألوف فى حى سكنى هادىء وعلى ذلك اذا فتح شخص محلا مقلقا للراحة كورشة نجارة أو حدادة فى حى صناعى فان الضرر الذى يصيب الجيران من جراء فتح هذا المحل يعتبر ضررا مألوفا ، فى حين أن هذه الضجة تعتبر ضررا غير مألوف اذا كان المحل قد فتح فى حى هادىء مخصص للسكنى(٢٢) •

والأمر فى تقدير كل هذا يرجع الى القاضى يقدره فى كل حالة على ضوء الظروف السابقة وبغير رقابة عليه من محكمة النقض(٢٣) الا أنه

---

(٢١) انظر : أ•د• حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٤٨ أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٩ ، أ•د• عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٨ ، حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٦ •

(٢٢) انظر : أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٩ ، أ•د•توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٥٣ •

(٢٣) انظر : أ•د• السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٩٨ هامش (١) ، أ•د• توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٥٣،أ•د•عبدالناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٧ ، أ•د• اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣٢ ، أ•د• حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٣٢٥ ، أد•• منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٥٦ ،• أ•د• عبد المنعم فرج الصده فى حق الملكية ص ٩٣ ط سنة ١٩٦٤م أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٣٣ ، وانظر أيضا نقض مدنى فى ١٩٦٩/٢/١٣ الطعن رقم ١٥ س ٣٥ ق مجموعة أحكام النقض السنة العشرون العدد الأول ص ٣١٧ رقم ٥١ حيث جاء فيه : « تقدير التعسف والغلو فى استعمال المالك لحقه هو من شئون محكمة الموضوع ، كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر الناتج عن هذا التعسف هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة فى شأنه » •

قد أثير فى هذا الصدد أمران : من ناحية أولى هل يختلف الضرر تبعا للأشخاص ، أى تبعا للظروف الخاصة بمن أصابه الضرر من الجيران ؟ ومن ناحية ثانية تثار فكرة الأسبقية فى الاستغلال فهل تعد الأسبقية فى الاستغلال مبررا لحماية محدث الضرر ؟

دور الظروف الشخصية فى تقدير الضرر :

اذا كان من المسلم به أن الضرر الذى يسأل عنه الشخص هو الضرر الذى يتجاوز الحد المألوف ، فان هذا الضرر يختلف من شخص الى آخر ، فالضوضاء التى لا أثر لها على شخص موفور الصحة أو تاجر يخلد فى منزله الى نوم عميق ، قد تكون غير محتملة لشخص عصبى المزاج تحرمه من النوم ، أو مشتغل بعمل عقلى تمنعه من التركيز فيه فالاستعداد الشخصى للجار ذو أثر على تحديد الضرر الذى يحدثه جاره ، فهل تجب مراعاته عند تقدير صفة الضرر ، واعتباره ضررا مألوفا على الجار أن يتحمله ، أم ضررا غير مألوف على من يحدثه الامتناع عنه ؟ الرأى منقسم فى مصر حول هذه الفكرة .

فأغلب الفقه(٢٤) يرى أن معيار الضرر غير المألوف معيار موضوعى لا معيار ذاتى بحيث ينظر فيه الى اعتبارات تتعلق بالزمان والمكان بصفة عامة ومن ثم فلا اعتبار للظروف الشخصية للجار سواء

(٢٤) انظر : أ.د. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٦٩٧ ، أ.د. عبد المنعم فرج الصده فى المرجع السابق ص ٩٣ ، ٩٤ ، أ.د. حسن كيرة فى المرجع السابق ص ١٤٧ ، أ.د. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٩ وما بعدها ، أ.د. اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ٦٢ ، أ.د. شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٨ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٣٤ ، أ.د. طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٩١ ، أستاذنا الدكتور لاشين الغاياتى فى المرجع السابق ص ٨٦ ـ

تعلق امر بظروف استثنائية أم بظروف عادية « فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية ، كأن يكون الجار مريضا أو منشغلا بأعمال تقتضى الهدوء التام فيزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة وانما العبرة بحالة الشخص المعتاد وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحمله بين الجيران • فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضررا غير مألوف بالنسبة اليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم ؛ أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم »(٢٥) •

وهذا هو الراجح فى نظرنا ويكفينا للتدليل على الموضوعية فى معيار الضرر غير المألوف ما جاء بالمذكرة الايضاحية وأوردناه سلفا ويتعلق باعتبارات يتعين الاعتداد بها على حد قول المشرع الوضعى عند تقدير الضرر غير المألوف وهى اعتبارات ينطلى عليها وصف الموضوعية دون سواه فقد أوجب النص الاعتداد بالعرف ، طبيعة العقارات ، موقع كل منها بالنسبة للآخر ، الغرض الذى خصصت له •

ويفرق بعض الفقه(٢٦) بين الظروف الشخصية العادية وهذه تؤخذ فى الاعتبار عند تحديد الضرر غير المألوف — والا لما تحققت الغاية التى قصدها الشارع كاملة — وبين الظروف الشخصية غير العادية

---

(٢٥) أ•د• السنهورى فى المرجع السابق ص ٦٩٧ •

(٢٦) انظر : أ•د• محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٨ ، ٦٩ ، أ•د• عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصلية ص ١٢٦ ط سنة ١٩٥٦ ، أ•د• توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٥٥ ، ١٥٧ ، أ•د• جميل الشرقاوى فى الحقوق العينية الأصلية — الكتاب الأول حق الملكية ص ٧٦ ط ١٩٧٤ ، أ•د• عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٨ ، حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٥ ، ٥٤١

وهذه لا عبرة بها فى تحديد الضرر غير المـألوف • فالضوضاء الخفيفة جدا التى لا يأبه لها الا مريض بأعصابه لا تعتبر ضررا غير مألوف ولو أحدثت به أزمات عصبية•ولكن الضوضاء التى تقلق المحامى فى مكتبه تعتبر ضررا غير مألوف ولو كانت غير ملحوظة بالنسبة لغير المشـتغل بعمل ذهنى ، لأن القيام بأعمال عقلية يعتبر أمرا عاديا ، وللتاجر المذيعات أن يطالب بالتعويض جاره الذى يعطـل بالآلات التى يديرها فى ملكه استقبال الاذاعة ويعوقه عن بيع سـلعته ولو كان لا يتضرر من ذلك التاجر فى أية سلعة أخرى لأن تجارة المذيعات تعتبر كذلك أمرا عاديا(٢٧).

أسـبقية الاستغلال :

المسألة الأخرى التى تثار فى هذا الصدد هى أسبقية الاستغلال • فلو فرضنا أن شخصا أقام مصنعا أو مدبغة أو ملهى أو محلا آخر مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا فى جهة نائية بمفرده،ثم امتد العمران الى هذه الجهة ، فهل يجوز لأصحاب المنازل التى جاورت المصنع أو هذه المحال أن يطلبوا التعويض عن الأضرار غير المـألوفة التى تصيبهم من المصنع أو هذا المحل ؟

الذى يبـدو أنه ليس لمالك المنزل أن يتضرر من اسـتعمال جاره لملكه على النحو الذى يستعمل فيه ، ذلك أن هذا الاستعمال كان موجودا من قبـل تحقق الجـوار وقد ارتضى مالك المنزل الجوار رغم علمـه بالاستعمال المخصص له ملك جاره •

---

(٢٧) انظر فى هذه الأمثلة : أ•د• محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٦٨ •

وبهذا قال فقهاء الحنفية(٢٨) ولذلك نص قدرى باشا رحمه الله فى كتابه مرشد الحيران فى المادة ٦٣ على أنه :

« ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه » .

وعلى مذهب الحنفية سارت المذكرة الايضاحية حيث قالت : « أما اذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم ، وقد وجد فى ناحية مناسبة له، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه .. »(٢٩) وهذا ما ردده بعض فقهاء القانون فى مصر(٣٠) .

بيد أن الفقه الوضعى فى مجموعه لم يوافق على ما سبق من هذه الصورة المطلقة ، لأن مقتضى التسليم بذلك يؤدى الى أن المالك الذى يسبق غيره فى اختيار نوع من أنواع الاستعمال ، يستطيع أن يفرض هذا الاستعمال على من يأتى بعده من الملاك دون أن يكون لهم الرجوع

---

(٢٨) انظر : فتح القدير لابن الهمام جـ ٥ ص ٥٠٦ ط مصطفى محمد سنة ١٣٥٦هـ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى جـ ٤ ص ١٩٦ ط ط أولى بولاق سنة ١٣١٤هـ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٠٥ ، ٥٠١ ط ١٣٢٤هـ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ٣٠٥ ، ٥٠١ ط سنة ١٣٢٤ هـ وانظر من الفقهاء المحدثين فضيلة الشيخ على قراعة فى دروس فى المعاملات الشرعية ص ٢٣ مطبعة الفتوح .

(٢٩) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٣ .

(٣٠) انظر : أ.د. السنهورى فى الوسيط جـ ٨ ص ٧٠٠ ، ٧٠١

عليه بسبب ما يلحقهم من أضرار غير مألوفة أو بعبارة أخرى فان الأخذ بهذه الصورة المطلقة يؤدى الى أن يكون للبادىء فى الامتلاك أو الاستغلال الحق فى فرض ارادته على الجيران الطارئين وذلك باجبارهم اما على القيام بنوع معين من الاستغلال يتلاءم مع استغلاله واما على تحمل الأضرار غير المألوفة الناشئة عن استغلال المصنع اذا اختاروا بناء أماكن للسكنى(٣١) •

ولذا فان الغالبية العظمى من فقهاء(٣٢) القانون يذهبون الى أن الأسبقية وحدها لا يترتب عليها حرمان الجار من الحق فى طلب التعويض الا أن تكون أسبقية جماعية ، لا لفرد ولا لأفراد قلائل بحيث تصبغ الحى بطابع معين ، فيوصف مثلا بأنه حى صناعى فعندئذ تحول هذه الأسبقية الجماعية بين من يأتى بعد ذلك من الجيران وبين طلب التعويض • ويستند هذا الرأى الى أن الأسبقية الجماعية تجعل الضرر الناتج عن المصنع لصاحب المسكن الذى استحدث بعد ذلك ضررا مألوفا

---

(٣١) انظر : أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٤٠ ، أ•د• جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧٠ ، أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١٢٣ ، أ•د• اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣٤،١٣٥

(٣٢) انظر : أ•د• السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠٢ ، أ•د• اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣٥ ، أ•د• حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٢٣٢٩ ، أ•د• محمد على عرفة فى حق الملكية ص ٢٤٧ ط ثالثة سنة ١٩٥٤ ، أ•د• منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٥٩ ، أ•د• عبد المنعم فرج الصدة فى المرجع السابق ص ٩٤ ، ٩٥، أ• مصطفى جمال فى نظام الملكية ص ١١٦ ، ١١٧ ط ١ سنة ١٩٦٨ ، أ•د• شنب فى المرجع السابق ص ٢٤٠ ، أ•د• طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٩٢ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن فى المرجع السابق ص ٣٥ ، أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١٢٣ •

له بخلاف ما اذا لم تكن هذه الأسبقية جماعية وأصبح الحى سكنيا فان الضرر عندئذ سيكون غير مألوف • وعلى ذلك اذا امتد العمران الى منطقة جديدة ، ربدأ الناس يشترون أراضى هذه المنطقة ، ويخصصونها لاقامة مصانع ومعامل ومخازن ، حتى اصطبغ هذا الحى بالصفة الصناعية فليس لمن يأتى بعد ذلك ويقيم مسكنا فى وسط هذا الحى أن يتضرر من الضجة أو من الدخان أو من الروائح التى تنبعث من أملاك الجيران ، لأن هذه الأضرار تعتبر مألوفة فى مثل هذا الحى •

بيد أن هذا الرأى محل نظر(٣٣) • لأن صاحب المصنع مثلا لا يفرض ارادته على مستقبل الحى ، فلغيره أن يبنى حوله مساكن على أن يتحمل هذا الغير أضرار المصنع القديم التى كانت تحدث وقت انشاء هذه المساكن ، فصاحب المصنع لا يجبر غيره على اقامة مصانع حوله وانما هو فقط لا يسأل عن الأضرار الناشئة عن مصنعه عند اقامة هذه المساكن • كما أن عبارة « فى ناحية مناسبة له » التى وردت بالمذكرة الايضاحية والتى استند اليها جمهور فقهاء القانون الوضعى فى القول بأن هذه العبارة تعنى وجد فى حى مناسب أى أن الأسبقية فى القدم لا تكفى وحدها بل يجب أن تكون أسبقية جماعية • هذه العبارة لا تعنى الحى المناسب وانما تعنى المكان المناسب وقد يكون هذا المكان أرض فضاء لم يسبق اليها صاحب المصنع وبالتالى تكفى الأسبقية وحدها دون اشتراط أن تكون هذه الأسبقية جماعية • والعمل بالأسبقية الجماعية تقتضى اما تأجيل الفصل فى النزاع حتى تتضح الصورة التى سيكون عليها الحى ويصطبغ بها ، وهو أمر غير مقبول ، أو يقتضى التفرقة بين الجيران بغير مبرر • فمن بنى منهم مسكنا قبل أن يصطبغ الحى بصبغة معينة يستحق تعويضا باعتبار أن الضرر غير مألوف لأن الأسبقية فردية أو لأفراد قلائل ، ومن بنى بعد أن اصطبغ الحى بصبغة معينة

---

(٣٣) انظر : أ٠د٠ عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٤٠

لا يستحق تعويضا باعتبار أن الضرر مألوف لأن الأسبقية جماعية •
هذا فضلا عن أن العمل بفكرة الأسبقية الجماعية يوجد الصعوبات أمام حركة التصنيع لأنه سيجبر من يفكر فى اقامة مصنع على اقامته فى منطقة مصانع وقد يتعذر عليه ذلك ، فاذا اختاره فى منطقة بعيدة عن العمران خشى أن يمتد العمران اليها ، وقد لا يقره القاضى على زعمه بأنه بنى مصنعه فى « ناحية مناسبة » •

فضلا عن هذا فانه لا يجوز الاستناد الى ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أيضا ، لأن ما ورد فيها اجتهادا لواضعيها لا يلزم الفقيه أو القاضى(٣٤) •

ويأخذ بعض الفقهاء(٣٥) بالرأى السابق اذا كانت طبيعة الحى قد تحددت ، فاذا لم تكن قد تحددت بصورة واضحة فيأخذ بفكرة الأسبقية مع مراعاة ظروف كل حالة •

وهناك رأى(٣٦) يذهب الى التفرقة بين ما اذا كان المصنع يجاوره أرض فضاء أو مبانى سكنية ، ففى الحالة الأولى لا تعويض باعتبار أن ثمن الأرض الفضاء روعى فيه مجاورتها للمصنع بخلاف الحالة الثانية •

وانتقد هذا الرأى على أساس أنه يؤدى الى أن المالك الأصلى للأرض ـ وهو الذى باعها للمشترى ـ يكون هو الذى تحمل الخسارة

---

(٣٤) انظر : أ•د• محمودجمال الدين زكى فى المرجع السابق ص٧٠
(٣٥) انظر أ•د• توفيق فرج فى المرجع السابق ص ١٥٨ ، ١٥٩.
(٣٦) انظر : أ•د• عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصلية ط ثانية سنة ١٩٥٦ •

دون أن يراجع على صاحب المصنع ، مع أن المصنع لا حق لوجود الأرض ، فكان الواجب أن يرجع المالك للأرض على صاحب المصنع بالتعويض عن الضرر غير المألوف(٣٧) •

والرأى الذى نرجحه هو ما يراه البعض من الفقهاء(٣٨) من أن أسبقية الاستغلال تعفى صاحبها من المسئولية عن الأضرار الناشئة عنها وقت استغلال الجيران لأراضيهم • فمن أقام مسكنا بجوار مصنع ينتج عنه ضوضاء ودخان ، فليس له أن يطالب بتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا المصنع وقت اقامة المسكن ، حتى لو انتشرت المساكن فى الحى بعد ذلك وأصبح حيا سكنيا ، لأن الأضرار الناشئة عن المصنع تعتبر مألوفة لكل من يبنى حوله ، ولأن الجار الطارىء ليس له أن يتأذى من المصنع بعد أن تخير مكان مسكنه بجواره وكان يلزمه دفع الضرر عن نفسه•على أن الاضرار غير المألوفة التى قد تنشأ عن المصنع بعد اقامة المساكن ولم تكن موجودة وقت اقامة هذه المساكن يسأل صاحب المصنع عنها ، لأنها مستحدثة بعد السكنى •

الترخيص الادارى لا يعفى المالك من المسئولية المدنية :

قد يحصل مالك المحل المقلق للراحة أو المضر بالصحة أو الخطر على رخصة ادارية بادارة محله ، ولكن هذه الرخصة لا تمنع من أن يعتبر الجار الضرر الذى يصيبه من جوار هذا المحل ضررا غير مألوف ويطلب التعويض عنه • فالرخصة الادارية تعفى صاحب المحل من المسئولية الجنائية فقط ولكن لا شأن لها بعلاقة الجيران بعضهم مع بعض فاذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له اداريا لم يمنع

---

(٣٧) انظر : أ•د• السنهورى فى الوسيط جـ٨ ص ٧٠١ ، ٧٠٢ بالهامش •

(٣٨) انظر : أ•د• عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٤١ ، وقرب أد•• محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧٠ ، ٧١

هذا الترخيص الجار المضرور من الرجوع على مالك المحل اذ أن التصريح بادارة المحل لا يعنى اطلاقا الافتئات على حقوق الغير(٣٩) • وعدم اعفاء الترخيص للمالك من المساءلة المدنية أمر لا ينازع فيه أحد من الفقه المصرى(٤٠). فهو يستند الى صريح نص المادة ٨٠٧ مدنى •

المبحث الثانى : أساس مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

المطلب الأول : أساس مسئولية المالك فى الفقه الاسلامى :

من الأمور المسلمة أن الشريعة الاسلامية موضوعة لصالح العباد على الاطلاق ، فان قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل ، موافقا لقصد التشريع • ولما كان الشارع المحافظة على الضروريات وما يرجع اليها من الحاجيات ، وهو عين ما كلفه العبد ، فلابد أن يكون مطلوبا بالقصد الى ذلك(١) •

وعلى هذا فان من يرمى فى تكاليف الشريعة الى غير ما وضعت له ، فقد ناقضها ، وعمله بالحكم باطل •

---

(٣٩) انظر : حسن عامر السابق ص ٢٧٠ •

(٤٠) انظر : أ•د• السنهورى السابق ص ٦٩٩ ، أ•د• جمال الدين زكى السابق ص ٧١ ، أ•د• أحمد سلامة السابق ص ١١٦ ، أ•د• منصور مصطفى السابق ص ٢٦٠ ، أ•د• حسن كيرة السابق ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ أ•د• اسماعيل غانم السابق ص ١١٠ ، أ•د• توفيق فرج السابق ص١٦٢ أ•د• شنب السابق ص ٢٤١ ، أ•د• عبد الناصر العطار السابق ص ٣٩ أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن السابق ص ٣٥ ، ٣٦ ، أ•د• طلبة وهبة السابق ص ١٠٣ ، أستاذنا الدكتور لاشين الشاياتى السابق ص ٨٨ ، ٨٩ •

(١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٢٠٧ •

وان ما تهدف اليه الشريعة ، هو تحقيق مصالح ودرء المفاسد . وان أحكامها فى هذا جميعا ، مبناها العدل والاحسان . لقد أمر الله تعالى بالعدل والاحسان فى المعاملات فى قوله عز وجل : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان »(٢) وقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »(٣) وقوله تعالى : « ولا تنسوا الفضل بينكم »(٤) وعن الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يوصى معاذ بن جبل : « أوصيك بتقوى الله وصدق الحديث ، ووفاء العهد ، وأداء الأمانة ، وترك الخيانة ، وحفظ الجار ، ورحمة اليتيم ولين الكلام وبذل السلام وخفض الجناح »(٥) وقوله عليه السلام : « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقه »(٦) .

والمطالع لكتاب الله وسنة رسوله عليه السلام والنصوص الفقهية يجد أساس مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة واضحا جليا ، حيث تعتبر الشريعة الاسلامية الضرر الذى يصيب الجار جريمة دينية وخلقية فضلا عن وجوب ازالة الضرر والتعويض عنه شرعا .

ومن الأحاديث التى تدل على وجوب الضمان عموما والشاملة لكل ضرر يقع قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »(٧) وقد

---

(٢) سورة النحل الآية ٩٠ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٠ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٣٧ .

(٥) احياء علوم الدين للغزالى ج ٢ ص ١٧٤ ط سنة ١٣٥٢هـ .

(٦) المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٧) رواه أحمد وابن ماجه . الفتح الكبير فى ضم الزيادة الى الجامع الصغير ليوسف بن اسماعيل النبهاوى ج ٣ ص ٣٤٦ ط ١٣٥٠هـ مصطفى الحلبى ، سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٨٤ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ط ١ سنة ١٣٧٢هـ ـ ١٩٥٢م دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبى .

وضع الفقهاء بناء على هذا الحديث قاعدة « الضرر يزال »(٨) فهـذه القاعدة مما اتفق عليها الكل ولا خلاف فيها ، بل يمكن أن يقال انهـا مسلمة بين جميع فرق المسلمين ، وربما يقال انها من ضروريات الدين(٩)

فالشريعة الاسلامية تمنع الضرر بأية صورة من الصـور كما هو نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسـلم وهو قوله : « لا ضرار ولا ضرر » ففى هـذا الحديث الشريف ــ كما يقول الشوكانى ــ : « دليل على تحريم الضرار على أى صـفة كان من غير فرق بين الجار وغيره ، فلا يجوز فى صورة من الصور الا بدليل يخص هذا العموم ، فعليك بمطالبة من جوز المضارة فى بعض الصـور بالدليل ، فان جاء به قبلته ، والا ضربت بهذا الحديث وجهـه فانه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات »(١٠) وروى عن رسـول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أنه قال : « من ضار أضر الله به ومن شاق شـاق الله عليه »(١١) .

هذا وقد اختلف العلماء فى معنى كل من الضرر والضرار . فمن العلمـاء من يرى أن الضرر والضرار بمعنى واحد وأن الجمع بينهما للتأكيد ومن العلماء من يذهب الى أن الضرر ابتـداء الفعل والضرار الجزاء عليه ، وقيل الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين ، وقيـل

---

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل ط ١ سنة ١٣٨٧هـ ــ ١٩٦٨م ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٣ ط مصطفى الحلبى طبعة أخيرة سنة ١٣٧٨هـ ــ ١٩٥٩م .

(٩) القواعد الفقهية لميرزا حسن الموسوى ج ٢ ص ١٧ مطبعة الآداب فى النجف الأشرف سنة ١٣٨٩هـ ــ ١٩٦٩م .

(١٠) نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦١ المجلد الثالث الناشر مكتبة دار التراث .

(١١) المرجع السابق عى نفس الموضع .

لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه ، ولا يجـازيه على اضراره بادخال الضرر عليه • وقيل الأول الحاق مفسدة بغيره مطلقا والثانى الحاق مفسده بغيره على وجه المقـابلة • وقيل الضرر ما ينفعك ويضر صاحبك والضرار ما يضر صـاحبك ولا ينفعك وهذا وجه حسـن فى الحـديث رجحه طائفـة منهم ابن عبـد البر وابن الصـلاح وقيل غير ذلك(١٢) •

المطلب الثانى : أساس مسئولية المالك فى القانون المدنى(١٣) :

أن يثور خلاف فقهى حول مسئولية المـالك وقد غلا فى استعمال حق الملـكية هو أمر يكون مفهوما حال عدم وجود نص تشريعى بهذه

---

(١٢) انظر : المنتقى للباجى ج ٦ ص ٤٣١ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٣٥ ، ابن عابدين ج٥ ص ٥٢١ ، حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٤٢ ، حاشية الشيخ محمد بن عمر أبو سنة القصبى على كتاب الايضاح ج ٦ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ط وزارة التراث القومى والثقافة بسلطنة عمان ، سبل السلام للصنعانى ج ٣ ص ١٢٧ ط مصطفى الحلبى ، نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٦١ ، فتح المبين ص ٢٣٧ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، فيض القدير للمناوى ج٦ ص ٤٣١ ط أولى سنة ١٣٥٦هـ ـ ١٩٣٨م مصطفى محمد •

(١٣) راجع فى أساس المسئولية عن مضار الجوار : أ٠د٠السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠٢ وما بعدها ، أ٠د٠ اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣١ ، أ٠د٠ حسـن كيرة فى المرجـع السـابق ص ٣٢٠ ، أ٠د٠ شفيق شحاته فى النظرية العامة للحق العينى ص ٨٧ ط سنة١٩٥١ أ٠د٠ أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها ، أ٠د٠ منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٦٣ ، ٦٤ أ٠د٠ عبد المنعم فرج فى المرجع السابق ص ٩٢ ، أ٠د٠ نزيه صادق المهدى فى الملكية فى النظام الاشتراكى ص ٦٧٤ ط سـنة ١٩٧١ ، أ٠د٠ محمد على عرفة فى المرجع

=

المسئولية عن الغلو وهو الحال فى فرنسا • اذ التقنين المدنى الفرنسى قد جاء خلوا من نص يماثل فى الحكم نص المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى المصرى • والحال فى مصر ، على ما هو واضح قاطع بوجود هذا النص ولا مجال لأى خلاف اللهم الا بصدد تأصيل هذا النص ورده الى وجه معين من أوجه المسئولية(١٤) •

تأصيل مسئولية المالك فى القانون المدنى المصرى :

اختلف الفقه المصرى حول تكييف الرجوع وبيان صلته بالأنظمة القانونية الأخرى وذلك على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

ذهب بعض شراح القانون المدنى المصرى(١٥) الى أن مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة انما ترجع الى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فالمالك الذى يلحق بجاره ضررا غير مألوف يكون متعسفا فى استعمال حق ملكيته ، قائلين أن المادة ٨٠٧ مدنى تضيف معيارا جديدا لمعايير التعسف المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى وهى :

١ — اذا لم يقصد بفعله سوى الاضرار بالغير •

السابق ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، أ٠د٠ توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، أ٠د٠ طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ٩٣ وما بعدها الأستاذ حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٣ وما بعدها •

(١٤) انظر : أ٠د٠ طلبة وهبة السابق ص ٩٣ •

(١٥) انظر : أ٠د٠ حسن كيرة فى المرجع السابق ص ٣٢٠ . أ٠د٠ منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ص ٦٣ ، ٦٤ ، حسين عامر السابق ص ٢٥٤ •

٢ ــ اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقهــا قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها •

٣ ــ اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة •

وفى ذلك يقول بعض أصحاب هذا الرأى بصــدد معايير التعسف فى استعمال الحق : « فكل المعايير التى وضعها الفقهاء أو تشــير اليها القوانين ، لم ترد على سبيل الحصر ، بل هى للاسترشاد بها والقياس عليها • ولقد أشار القانون المدنى بالفقرة الثانية من المــادة ٨٠٧ الى معيار تجاوز الضرر عن الحد المــألوف فى شأن مضار الجوار • وليس ثمت ما يمنع القضاء ــ ان أمكن ــ من استنباط معايير أخرى،حسبما تستلزمه وقائع ومناسبات ما يطرح عليه من منازعات • وكذلك لسنا نرى أن مضار الجوار فى القانون المدنى تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، اذ لو كان الأمر كذلك فماذا عساها أن تكون • واذا كان الضرر الفاحش خروجا عن حــدود الحق ، فان هــذا الخروج هو العسف بعينه أو هو صورة من الصور العــديدة التى تقع بها اساءة استعمال الحق »(١٦) بل لقد ذهب البعض(١٧) الى اعتبار المــادة ٨٠٧ مدنى تطبيقا بالذات للفقرة (ب) من المادة الخامسة التى تقول ان استعمال الحق يكون غير مشروع اذا كانت المصــالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها • وواضح أن هذا التحديد الأخير محل نظر كبير• فمسئولية الجار تحقق حتى ولو كان الضرر الذى عاد على الجار قليلا لا يتناسب مع ما يجنيه المــالك من نفع كبير(١٨) •

---

(١٦) الأستاذ حسين عامر فى المرجع السابق ص ٢٥٤ •
(١٧) انظر : أ٠د٠ محمدعلى عرفة فى المرجع السابق ص٢٤٦
(١٨) انظر : أ٠د٠ أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٣ •

نقد هـذا الرأى :

أول ما يؤخذ على هذا الرأى أن صـور التعسف التى وردت فى المـادة الخامسـة من القانون المدنى المصرى ، لا يمكن أن تستجيب لمسئولية المالك عن الغلو فى استعمال حق الملكية ، اذ المـالك وقد غالى فانه يستعمل حق الملكية دون أن يتعمـد الاضرار بالجار ؛ كمـا أنه لا يمكن القول بأن المصالح التى يرمى الى تحقيقها من وراء استعماله لحق الملكية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها ، وكذلك لا يمكن أن يقال بأن المصالح التى يرمى الى تحقيقها من وراء هـذا الاستعمال غير مشروعة • ولكن الذى يقال فى هذه الحالة أن المالك وقد غالى انما قصد بذلك تحقيق مصلحة جدية ومشروعة ولها أهميتها التى تفوق الضرر •

وخلاصة ذلك أن للتعسف صورا ينبغى ألا نتعـداها وهى صور لا تندرج تحتها حالة المسئولية عن المضار غير المـألوفة(١٩) •

وبالاضافة الى ما تقدم وحتى على فرض التسليم بما جاء بهـذا الرأى السابق ، فان ذلك يؤدى الى خلط فى الأمور ما كان ينبغى(٢٠)، وكل حالة منهما تختلف من زاوية جسامةالضرر الموجب للجبر بالتعويض• اذ لا جبرية الا للضرر غير المألوف وهو ضرر فاحش فى نطاق مسئولية المالك على أساس المادة ٨٠٧ مدنى بينما يمكن جبر الضرر بتعويضـه مهما كان ضئيلاً فى اطار فكرة التعسف•ومادامت الأمور كذلك ، فكيف السبيل الى جبر الضرر غير المألوف على أساس فكرة التعسف فى استعمال الحق ؟ سؤال يبقى على الرغم من كل ما تقدم بحاجة الى اجابة • ان

---

(١٩) انظـر : أ•د• السـنهورى فى الوسـيط ج ٨ ص ٧٠٥ ، أ•د• اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص١٣١ هامش (١) •

(٢٠) انظر : أ•د• طلبة وهبة فى المرجع السابق ص ١٠٠•

هذا الاتجاه يؤدى الى توسيع دائرة التعسف فى استعمال الحق ويضفى عليها قدرا من الغموض وعدم التحديد تصبح معه غير واضحة ويستحيل الوقوف مقدما على معيار يسعف فى التعرف عليها .

الرأى الثانى :

يرى بعض الفقهاء أن هذا الخلاف ليس له أهمية عملية فى القانون المدنى المصرى الحالى ، نظرا لوجود هذا النص الصريح على عدم الغلو فى استعمال المالك لملكه . مع ملاحظة أن التعسف فى استعمال الحق يعتبر وفقا للرأى الراجح صورة من صور الخطأ التقصيرى(٢١) .

فالغلو بطبيعته هنا يعتبر خروجا عن حدود هذا الحق ، والخطأ كما هو أساس لمنع التعسف يعتبر أيضا أساسا لمنع الغلو فى استعمال الحق . وبناء على ما سبق فلا أهمية لتحديد ما اذا كان الغلو فى استعمال الملكية خروجا عن حدود هذا الحق أو تعسفا فى استعماله لأن أساس المسئولية فى كلتا الحالتين واحد وهو الخطأ .

الرأى الثالث :

ذهب جمهور الفقه المصرى(٢٢) الى أن مسئولية المالك عن الغلو

---

(٢١) انظر : أ.د. جميل الشرقاوى فى المرجع السابق ص ٩٦ ، أ.د. سليمان مرقس فى شرح القانون المدنى ج ٢ فى الالتزامات ص ٣٥٣ ط ١٩٦٤ ، أ.د. محمد لبيب شنب فى المرجع السابق ص ٢٢٦ هامش (١٤) ، أ.د. عبد الناصر العطار فى المرجع السابق ص ٣٦ هامش (١) .

(٢٢) انظر : أ.د. السنهورى فى الوسيط ج ٨ ص ٧٠٧ ، أ.د. شفيق شحاته فى المرجع السابق ص ٨٦ ، ٨٧ ، أ.د. أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٤ ، ١١٥ ، أ.د. اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣١ ، أ.د. عبد المنعم البدراوى فى المرجع السابق ص ١٠٩ وما بعدها ، أ.د. عبد المنعم فرج الصدة فى المرجع السابق ص ٩٢.

فى استعمال فى ملكه أصبحت واضحة المعالم طبقـا لنص المـادة ٨٠٧، فلا داعى للاختلاف فى ظل القانون المدنى الجديد فالمسئولية هنا قائمة على أساس أن الغلو فى استعمال حق الملكية هو خطأ باعتبار أن المادة ٨٠٧ مدنى تنشىء التزاما قانونيا على المـالك بعدم الاضرار بالجار ضررا غير مألوف أو تورد قيدا على حق الملكية هو ألا يغلو المـالك فى استعمال هذا الحق .

غير أن الحال لا يخلو من أمرين :

الأمر الأول : اذا قلنا ان نص المـادة ٨٠٧ مدنى ينشىء التزاما قانونيا فى جانب المالك بعدم اصـابة الجار بضرر غير مألوف ، قامت مسئولية المالك فى هذا القول على أخلال المالك بهذا الألتزام القانونى فوجب عليه التعويض . ويكون المالك الذى ألحـق بجاره ضررا غير مألوف قد خرق التزامه القانونى ، فخالف القانون المعتـاد . وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك . فهو مسئول ، لا لأنه ارتكب خطأ، بل لأنه يتحمل تبعة نشاطه فهو الذى يفيد من استعماله لملكه استعمالا استثنائيا ، فمن العدل أن يتحمل تبعة هـذا الاسـتعمال ، والغرم بالغنم(٢٣) .

غير أن هذا القول كما يرى بعض الفقهاء(٢٤) بحق يحتوى على نوع من المصادرة على المطلوب . فهو قد بدأ من اعتبار المالك لم يخطىء مع أن المطلوب اثباته هو هل أخطأ أو لم يخطىء ؟ وليس بمـانع من

أ٠د٠ محمد جمال الدين زكى فى المرجع السابق ص ٧١ ، أ٠د٠ توفيق حسن فرج فى المرجع السابق ص ١٤٩ ، أ٠د٠ طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ ، أ٠د٠ شنب فى المرجع السابق ص ٢٣٦ ٠

(٢٣) انظر : أ٠د٠ السنهورى فى الوسيط جـ ٨ ص ٧٠٧ ٠

(٢٤) انظر أ٠د٠ أحمد سلامة السابق ص ١١٥ ٠

الخطأ أن يكون المالك لم يشذ عن مسلك الرجل المعتاد • فمعيار الرجل المعتاد انما يرجع اليه عند عدم وجود نص يحرم مسلكا معينا • أما عند وجود هذا النص فان هذا المسلك يعتبر خطأ حتى ولو كان لا ينطوى على أى شذوذ بالنسبة لمسلك الرجل المعتاد ، اذ نكون بصدد التزام قانونى يعتبر مجرد الاخلال به خطأ • ويكون هذا الالتزام ببلوغ غاية لا ببذل عناية ، بمعنى أن المالك يحاسب على الضرر غير المألوف بمجرد وقوعه ، ولا يعصمه من المسئولية اثبات أنه بذل العناية الواجبة لتوقى هذا الضرر فلم يفلح • ليس بمانع من هذا الخطأ أيضا أن المالك لا يحاسب على الأضرار المألوفة • فالنص الصريح قد أعفاه من المسئولية عنها • واذا كان الأمر كذلك فاننا نفضل مع البعض الصياغة الثانية والتى سنذكرها حالا فى الأمر الثانى •

الأمر الثانى :

نفضل مع البعض(٣٥) أن المادة ٨٠٧ مدنى تتضمن قيدا على استعمال حق الملكية مؤداه امتناع المالك عن الغلو فى هذا الاستعمال بصورة تلحق بالجار ضررا غير مألوف • فهى مسئولية يمليها التضامن الاجتماعى بين الجيران وتتأسس على أن الغلو خروج على حدود الحق مما يعد خطأ تقصيريا يوجب المسئولية •

---

(٣٥) انظر : أ•د• أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١١٥ ، ١١٧. أ•د• اسماعيل غانم السابق ص ١٣١ ، أ•د• عبد المنعم البدراوى السابق ص ١٠٩ ، أ•د• شفيق شحاته السابق ص ٨٦ ، ٨٧ ، أ•د• عبد المنعم فرج الصدة السابق ص ٩٠ ، ٩١ أ•د• محمود جمال الدين زكى السابق ص ٧١ ، أ•د• توفيق فرج السابق ص ١٤٩ ، أ•د• طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ •

المبحث الثالث : الجزاء المترتب على الغلو

المطلب الأول : الجزاء المترتب على الغلو فى الفقه الاسلامى :

ازالة الضرر الفاحش : (التنفيذ العينى) :

لا شك فى أنه ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة ، والا غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم كما سبق القول. وانما للجار أن يرجع فقط فى حالة المضار غير المألوفة أى الفاحشة متى توافرت الشروط السالف ذكرها ويكون للجار فى هذه الحالة أن يطلب ازالة هذه المضار .

وقد نصت المادة ٦٠ من مرشد الحيران على أنه : « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا » ولا تعنى ازالة المضار ، ازالة المنشآت . فقد تقضى المحكمة بازالة المضار التى تترتب للجيران عن طريق أمر المالك المسئول باجراء تعديل يؤدى الى ازالة الضرر ، مثل تعلية المدخنة أو توجيه فوهتها وجهة أخرى ، أو نقل بعض الآلات من مكانها ، أو وضع عوازل للصوت ، أو أى اجراء من شأنه منع الضرر فمثل هذه الحلول تقبلها الشريعة الاسلامية(١) .

وقد لا يكون هناك من سبيل سوى ازالة مصدر الضرر بصورة نهائية مثل غلق المصنع مثلا . أى أنه لا يمكن تلافى الضرر سوى بازالة مصدره ففى هذه الحالة يجبر المالك على الازالة .

---

(١) انظر : قرب هذا المعنى أ.د. محمد الحسينى حنفى فى المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ص ١٨٩ ط رابعة سنة ١٩٨١ دار النهضة العربية أ.د. توفيق حسن فرج السابق ص ١٦٠ ، أ.د. نصر فريد واصل فى المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الاسلامية والفقه والتشريع ص ٢٠٤ ط أولى سنة ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م .

ففى حالة استحداث بناء يسد الضوء عن الجار ، يكون لهذا الأخير أن يكلف من استحدث البناء برفعه دفعا للضرر . وقد نصت المادة ٦١ من مرشد الحيران على أن : « سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ لأحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه وان فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه » .

واذا أحدث رجل فى داره نافذة ، أو أقام بناء مجددا وجعل له فيه شباكا مطلا على مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق ، فانه يؤمر برفع الضرر ، كما أن يؤمر بسدها لأن الضرر فى ذلك ظاهر .

واذا بنى رجل طاحونة خيل ببيته وكان يقرص المسكة فوق الحيطان مقابل ريح الجار الذى حصل له ضرر من ريح الروث ووخم البهائم وقلق من ادارة الطاحونة ، فانه يؤمر شرعا برفع الطاحونة ومنع الضرر(٢) .

واذا غرس رجل أشجارا فى أرضه . فشغلت ببعض أصولها أو فروعها هواء أرض جاره وأضرت به ضررا بينا ، فان الغارس يكلف تفريغ هواء أرض غيره من فروع ما غرس اما بشد الفروع بحبل ان أمكن والا فبالقطع (٣) .

ولا يصح أن يدفع بقدم الضرر ، اذ لا فرق بين القديم والحادث حيث كانت العلة الضرر البين وهو يزال ولو قديما كما بينا .

كما نصت مجلة الأحكام العدلية على أمثلة أخرى للضرر غير المألوف الذى يجب ازالته .

---

(٢) الفتاوى المهدية جـ ٥ ص ٤٦٥ ط سنة ١٣٠١هـ .
(٣) المرجع السابق ص ٤٦٧ .

فالمادة ١٢٠٠ تنص على ما يأتى : « يدفع الضرر بأى وجه كان، مثلا لو اتخذت فى اتصال دار وكان حداد أو طاحون ، وكان من طرق الحديد ودوران الطاحونة يحصل وهن للبناء ، أو أحدث فى جانبها فرن أو معصرة ، فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعذرت عليه السكنى،فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأى وجه كان» .

وغير ذلك كثير من النصوص الفقهية والمواد المذكورة التى تدل على وجوب ازالة الضرر وهو (التنفيذ العينى) بلغة القانون .

المطلب الثانى

الجزاء المترتب على الغـــلو فى القانون المدنى

أنتهينا فيما سبق بخصوص التأصيل الفنى لمسئولية المـــالك عن الغلو . أن ثمة مبدأ ضمنه المشرع الوضعى المادة ٨٠٧ مدنى مصرى : يمتنع على المـــالك بمقتضاه الغلو فى استعمال حق الملكية ممـــا يحدث للجار ضررا غير مألوف والا كان متجاوزا هـــذا الحق مما يعد خطـــأ تقصيريا ، والمالك اذ يلتزم على هـــذا الوجه فانه التزام بامتنـــاع عن القيام بعمل . وقد تصـــدى المشرع الوضـــعى صراحة للاخلال بهذا الالتزام بجزاء قرره فى الفقرة الثانية من النص المذكور وقد أجاز للجار أن يطلب ازالة المضار غير المألوفة . وغنى عن البيان أن هـــذه الازالة تعد تنفيذا عينيا للالتزام بالامتنـــاع الذى جاء الضرر غير المـــألوف للجار اخلالا به .

ويصدر القاض حكمه بالازالة اما بالقضاء على مصدر الضرر نهائيا كما لو قرر غلق مصنع أو هدم مدخنة واما بتعديل هذا المصدر على نحو يمنع عن الجار مستقبلا الضرر غير المـــألوف ، كما لو قرر تعديل فواهة المدخنة . وقد يحكم القاضى اضـــافة الى ما تقـــدم بالتعويض

النقدى وذلك حال عدم كفاية الازالة باعتبارها تعويضـــا عينيا • فهى وان كانت كافية باعتبارها كذلك فلا تكون الا بالنسبة للمستقبل غـــالبا وتبقى قاصرة وحدها عن جبر ما وقع فى الماضى • اذ من المتعـــين أن يكون التعويض جابرا كل الضرر •

ويلاحظ أن الحكم بالازالة تقديرى للقاضى ومن ثم ليس حتميا ، خاصة اذا كان من شأنه أن يلحق بالجار الضرر الجسيم وقد يفضـــل حينئذ الحكم بالتعويض النقدى بدل الازالة(٤) •

ويجوز الجمع بين ازالة الضرر عينا والتعويض النقدى ، كما يجوز الحكم بأحدهما أو تخيير المالك المسئول بين تنفيذ أحدهما فهذه مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضى الموضوع(٥) • ولا يحول دون الحكم بالازالة أو التعويض النقدى سـبق حصـول المـالك المسئول على ترخيص ادارى بنشاطه الذى نتج عنه الضرر غير المـألوف لجيرانه ،

---

(٤) انظر : أ٠د٠ السنهورى فى المرجع السابق ص ٧٠٨ ، ٧٠٩ أ٠د٠ أحمد سلامة السابق ص ١٢٣ ، أ٠د٠ اسماعيل غانم السابق ص ١٣٦ ، أ٠د٠ محمود جمال الدين زكى السابق ص ٧١ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن السابق ص ٣٥ ، أ٠د٠ شنب السابق ص ٢٤٠ ، ٢٤١ أستاذنا الدكتور عبد الناصر العطار السابق ص ٤١ ، أ٠د٠ توفيق فرج السابق ص ١٥٩ ــ ١٦١ ، أ٠د٠ طلبة وهبة السابق ص ١٠٠ ــ ١٠٤ •

(٥) انظـر : أ٠د٠ السـنهورى فى الوسـيط جـ ٨ ص ٧١٠ ، أ٠د٠ شفيق شحاتة السـابق ص ٨٨ هامش (٢) ، أ٠د٠ حسـن كيرة السـابق ص ٣٣١ ، ٣٣٢ ، أ٠د٠ اسـماعيل غانم السـابق ص ١٣٦ ، أ٠د٠ عبد المنعم فرج الصدر السابق ص ٩٦ ، أ٠د٠ أحمد سلامة السابق ص ١١٧ ، أ٠د٠ شنب السابق ص ٢٤١ ، أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن ص ٣٦ ، أ٠د٠ عبد الناصر العطار ص ٤١ •

فالترخيص الادارى لا يحول دون المسئولية عن الأضرار غير المـألوفة ولا يحول كذلك دون ما يترتب على هذه المسئولية من ازالة أو تعويض نقدى طبقا للرأى الراجح .

خاتمة : بعد هذاالعرض للجـانب الشرعى والقانونى لمسـئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة نجد أن أحكام القانون مستمدة من أحكام الشريعة الغراء وفقا للرأى الراجح وهو تقييد المالك فى استعماله لملكه بعدم الاضرار بالغير سواء كان جارا ملاصقا أو بعيدا قريبـا أو غريبا مسلما أو كافرا وسواء كان الضرر قديما أو حديثا .

تم بحمد الله وتوفيقه ،،،

دكتور أبو الحسن ابراهيم على
مدرس القانون المدنى بكلية الشريعة والقانون
بأسـيوط

القربات

اهداؤها الى الموتى والاستئجار عليها

دراسة فقهية مقارنة

د / حسين عبد المجيد حسين

المبحث الثالث (*)

هل يعذب الميت ببكاء أهله عليه

بعد أن تحدثنا عن وصول ثواب القربات الى الميت أتحدث هنا عن هل يعذب الميت ببكاء أهله عليه ؟ فأقول وبالله تعالى التوفيق •

اتفق الأئمة الأربعة على أنه يجوز البكاء على الميت قبل الدفن وبعده بشرط ألا يصحب البكاء نوحا(١) أو جزعا أو قولا يغضب الله عز وجل(٢) وذلك لما يأتى :

(*) بقية البحث المنشور فى مجلة كلية البنات الاسلامية بأسيوط عام ١٩٩٠، العدد التاسع .

(١) النياحة : هى رفع الصوت بالندب والندب تعديد النائحة بصوتها وذكرها لمحاسن الميت انظر الاذكار للامام النووى ١٣٤ •

(٢) حاشية ابن عابدين ١/٦٠٤ طبعة احياء التراث العربى بيروت الشرح الكبير للامام الدردير ١/٤٢١ طبعة الحلبى ، ونهاية المحتاج شرح المنهاج ٣/١٥ ، ١٦ طبعة دار الفكر بيروت ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ١/٣٥٥ طبعة الحلبى • والمغنى لابن قدامة ٢/٥٤٥ طبعة مكتبة ابن تيمية

١ — ما رواه الترمذى بسنده الى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم — قال يا ابراهيم انا لا نغنى عنك من الله شيئا ثم ذرفت عيناه فقال له عبد الرحمن بن عوف يا رسول الله أتبكى ؟ أو لم تنه عن البكاء ؟ قال — لا ولكن نهيت عن النوح(٣) .

٢ — ما رواه الحاكم بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه قال لما مات ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم صاح أسامة بن زيد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس هذا منى وليس بصائح حق — القلب يحزن والعين تدمع ولا يغضب الرب(٤) .

٤ — ما رواه البخارى ومسلم : أن النبى صلى الله عليه وسلم لما فاضت عيناه لما رفع اليه ابن بنته ونفسه تقعقع كأنها فى شنة(٥) قال له سعد ما هذا يارسول الله ؟ قال هذه رحمة جعلها الله فى قلوب عباده — وانما يرحم الله من عباده الرحماء » .

٥ — وما رواه ابن ماجه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى جنازة فرأى عمر امرأة فصاح بها فقال النبى صلى الله عليه وسلم دعها يا عمر فان العين دامعة والنفس مصابة والعهد قريب » .

فلو لم يكن البكاء جائزا لما أمر النبى صلى الله عليه وسلم عمر بتركها(٦) .

٦ — وما رواه النسائى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه قال زار رسول الله صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله

---

(٣) سنن الترمذى ٣/٣١٨ وقال هو حديث حسن .

(٤) الحاكم فى المستدرك ١/٣٨٢ .

(٥) أى لها صوت وحشرجة كصوت ما ألقى فى قربة بالية صحيح البخارى ٣/١٣٧ .

(٦) سنن ابن ماجة ١/٥٠٦ طبعة المكتبة العلمية بيروت .

وقال استأذنت ربى عز وجل فى أن استغفر لها فلم يؤذن لى واستأذنت فى أن أزور قبرها فأذن لى فزوروا القبور فانها تذكركم الموت »(٧).

وهذا الحديث ظاهر الدلالة على المدعى .

كما أنهم اتفقوا على أن الميت يعذب بنوح أهله عليه أو بفعلهم ما نهى الله تبارك وتعالى عنه ورسوله صلى الله عليه وسلم اذا كان قد أوصى بذلك أو كان البكاء سنة له واختيارا (٨) وذلك لأنه بايصائه يبرهن على أنه راض بما يصنعون ويحبه وذلك يستوجب العقاب وأيضا اذا كان هذا البكاء سنة له فى حياته وكان يختاره وذلك لما رواه أنس ابن مالك رضى الله عنه — انه قال — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان العبـد الميت اذا وضـع فى قبره واقعـد قال يقول أهـله واسيداه واشريفاه واأميراه قال يقول الملك اسمع ما يقولون أنت كنت سيدا أنت كنت أميرا أنت كنت شريفا — قال — يقول الميت يا ليتهم يسكتون قال فيضغط ضغطة تختلف فيه أضلاعه (٩) .

ويحمل هذا الحديث على أن الميت كان يختار ذلك ويرغب فيه — توفيقا بين الأدلة الواردة فى هذا الشأن .

وأما اذا لم يوص بشىء محـرم ولم يرغب فى شىء من ذلك ثم ناح عليه أهله أو شقوا جيوبهم أو لطموا خدودهم أو دعوا بدعـاء الجـاهلية فانه لا يعذب بذلك كله لقول الله تبارك وتعالى

---

(٧) سنن النسائى ٩٠/٤ طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، صحيح مسلم ٦٥/٣ .

(٨) الخلاصة الفقهية على مذهب السـادة المـالكية ص ١١٢ طبعة دار القلم بيروت ونهاية المحتاج شرح المنهاج ١٦/٣ ، حاشية ابن عابدين ٦٠٤/١ ، والمغنى لابن قدامة ٥٤٥/٢ .

(٩) التذكرة للامام القرطبى ١١٢ طبعة دار الكتب العلمية .

« ولا تزر وازرة وزر أخرى ، وأن ليس للانسان الا ما سعى وأن سعيه سوف يرى »(١٠) •

فقد بينت هذه الآيات أن الله تبارك وتعالى لا يؤاخذ الانسان بجريرة غيره والنوح ولطم الخدود وما الى ذلك بغير ايصاء أو رضا منه ، ولا بأمره فلا يؤاخذ عليه هذا ما يقتضيه عدل الله تبارك وتعالى •

أما ما رواه الترمذى بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال — قال النبى صلى الله عليه وسلم ان الميت يعذب ببكاء أهله عليه(١١) •

ففيه وهم فى الفهم كما قالت السيدة عائشة رضى الله عنها حيث قالت أما أن ابن عمر رضى الله عنهما لم يكذب ولكنه أخطأ أو نسى انما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على يهودية وهى يبكى عليها أهلها فقال صلى الله عليه وسلم انهم يبكون عليها وانها لتعذب فى قبرها فظن ابن عمر رضى الله عنهما أن كل ميت سواء كان مسلما أو يهوديا يعذب ببكاء أهلهعليه •

يضاف الى ذلك أن الامام الشافعى رضى الله عنه قال ان ما روته السيدة عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أشبه أن يكون محفوظا عنه صلى الله عليه وسلم بدلالة الكتاب والسنة — فدلالة الكتاب قول الله تبارك وتعالى

« ان الساعة آتية أكاد أخفيها لتجزى كل نفس بما تسعى »(١٢) •

---

(١٠) سورة النجم الآيات ٣٨ : ٤٠ •
(١١) سنن الترمذى ٣/٣١٨ •
(١٢) سولة طه آية رقم ١٥ •

وقوله تبارك وتعالى ـ

« فمن يعمل مثقـال ذرة خيرا يره ومن يعمـل مثقـال ذرة شرا يره »(١٣) .

ودلالة السنة قول النبى صلى الله عليه وسلم لرجل ابنك هذا ؟ قال نعم قال أما انه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » فأعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما اعلم الله من أن جناية كل امرىء عليه كما أن عمله له لا لغيره ولا عليه .

وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لمـا مات عمر بن الخطاب رضى الله عنه قلت لعائشـة رضى الله عنهـا أن عمر رضى الله عنه كان يقول ان الميت ليعـذب ببكاء أهله عليه ـ فقـالت يرحم الله عمر لا والله ما حدّث رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ولكنه قال ان الله يزيد الكافر عذابا ببكاء أهله عليه(١٤) .

وبعد فانه يجب على كل مؤمن ان يوصى أهله بعدم البكاء عليـه ويتبرأ من ذلك قبل موته حتى ينجو من أعمالهم ومخالفاتهم بعد موته .

المبحث الرابع

حكم زيارة القبور

أتفق الأئمة الأربعة على أن زيارة الرجال للقبـور أمر جائز(١)

---

(١٣) سورة الزلزلة ٧، ٨ .

(١٤) اختلاف الحديث للامام الشافعى ص ١٦٢ طبعة دار الكتب العلمية بيروت .

(١) وذهب الحنفية الى أن الزيارة للرجال مندوبة وذهب غيرهم من الفقهاء الى أنها مباحة حاشـية ابن عابدين ١/٨٤٣ ، الشرح الـكبير للامام الدردير ١/٤٢٢ ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ١/٣٦٤ ، المغنى لابن قدامة ٢/٥٦٤ .

وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « انى كنت نهيتكم عن زيارة القبور ــ فزوروها فانها تذكركم الموت »(٢) وفى لفظ آخر للنسائى ــ « فانها تذكر الاخرة ولا تقولوا هجرا »(٣) •

وقد كان المصطفى صلى الله عليه وسلم يأتى قبور الشهداء بأحد على رأس كل حول فيقول « السلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار » وكان يقول صلى الله عليه وسلم ــ « ما من أحد يمر بقبر أخيه المؤمن كان يعرفه فى الدنيا فسلم عليه الا عرفه ورد عليه السلام » •

كما أنهم اتفقوا على أن زيارة النساء للقبور ان كانت لتجديد الحزن والبكاء والندب ولطم الخدود وشق الجيوب وما الى ذلك من الأمور المنهى عنها شرعا فان هذه الزيارة غير مشروعة (٤) وذلك لمنافاة هذه الأفعال للمقصود من زيارة المقابر وهو الاعتبار والاتعاظ وتذكر الاخرة يضاف الى ذلك أن هذه الأفعال منهى عنها شرعا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « ليس منا من لطم الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية »(٥) •

ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكم زيارة النساء للقبور اذا خلت عن الأمور المنهى عنها شرعا على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن زيارة النساء للقبور فى هذه الحالة مكروهة وذلك لما يأتى :

---

(٢) صحيح مسلم ٨٢/٦ ، سنن أبى داود ٧٢/٢ •

(٣) والهجر (بضم الهاء وسكون الجيم) : هو الكلام القبيح الذى ينافى الاسلام ــ سنن النسائى ٨٩/٤ •

(٤) مراقى الفلاح على نور الايضاح ١٠٣ طبعة الحلبى ، والشرح الكبير للامام الدردير ٤٢٢/١ ونهاية المحتاج ٣٦/٣ ، المغنى لابن قدامة ٥٦٤/٢ •

(٥) صحيح البخارى ١٢٧/٣ •

١ ــ أن النبى صلى الله عليه وسلم قد نهى عن زيارة القبور فقال كنت نهيتكم عن زيارة القبور ثم قال بعد ذلك « فزوروها » والضمير هنا عائد الى الرجال دون النساء على الرأى المختار فتكون الزيـــارة مستحبة للرجال مكروهة للنساء .

٢ ــ ما رواه ابن ماجه بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنـــه وابن عباس رضى الله عنهما انهما قالا « لعن رســـول الله صلى الله عليه وسلم زوارات القبور »(٦) .

وهذا يدل على أن زيارة النســـاء للقبور منهى عنهـــا لأن اللعن يقتضى ذلك .

وذهب الحنفية فى الأصح الى أن زيارة النساء للمقابر منـــدوبة ووافقهم المالكية فى جواز زيارة النســـاء للمقابر (٧) اذا كن لا اربة للرجال فيهن ــ وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم ــ «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ــ فزوروها » وقوله صلى الله عليه وسلم زوروا القبور فانها تذكركم الآخرة »(٨) .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هو أن نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن زيارة القبور كان فى بادىء الأمر وكان ذلك شـــاملا للرجال والنســـاء معا فيكون قـــوله صلى الله عليه وسلم فزوروها عائدا الى الجنسين جميعا ضرورة لأن هذا هو الظاهر ولو أراد صلى الله عليه وسلم غير ذلك لبينه اذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة اليه ويؤيد ذلك ما رواه البيهقى بسنده

---

(٦) سنن ابن ماجه ١/٥٠٠ .
(٧) حاشية ابن عابدين ١/٨٤٣ ، مراقى الفلاح ١٠٣ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١/٤٢٢ .
(٨) سنن ابن ماجه ١/٥٠٠ .

الى عبد الله بن أبى مليكة انه قال ان عائشة رضى الله عنهـا أقبلت ذات يوم من المقابر فقلت لها يا أم المؤمنين من أين اقبلت ؟ قالت من قبر عبد الرحمن بن أبى بكر فقلت لها أليس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن زيارة القبور ؟قالت نعم ثم أمر بزيارتها (٥) وفى رواية عنها أخرى «ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى زيارة القبور »(١٠) ٠

وما رواه البخارى بسنده الى أنس بن مالك رضى الله عنه انه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بامرأة عند قبر وهى تبكى فقال لها اتقى الله واصبرى فقالت اليك عنى فانك لم تصب بمصيبتى قال ولم تعرفه ــ فقيل لها هو رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذها مثل الموت فاتت باب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تجد عنده بوابين فقالت يا رسول الله انى لم أعرفك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصبر عند أول الصدمة »(١١) ٠

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر على المرأة قعودها عند القبر وتقريره حجة فدل ذلك على مشروعية زيارة النساء للقبور٠

وبعد فانى أرى أن الرأى المختار هنا هو ما ذهب اليه الحنفيـة من أن زيارة القبور مستحبة للرجال والنساء على السواء مادامت خالية من عدم الجلوس على المقابر والأكل والشرب والضحك واللعب والهزل لما ذكروه من أدلة يضاف الى ذلك أن زيارة القبـور انما شرعت من أجل ترقيق القلوب وتذكر الاخـرة والاعتبار بحال الموتى وتلك عـلة يشترك فيها الرجال والنساء على السواء ٠

والله أعلم

---

(٩) سنن البيهقى ٧٨/٤ ٠
(١٠) سنن ابن ماجة ٥٠٠/١ ٠
(١١) صحيح البخارى ١١٥/٣ ٠

المبحث الخـامس

سماع الموتى لكلام الأحياء ـ وعذابهم ونعيمهم فى قبورهم

قبل الحديث عن هذا المبحث أقول : قد يقول قائل ان سماع الموتى فى قبورهم وعذابهم ونعيمهم حكم عقائدى وليس عمليا فكيف يبحث عنه فى علم الفقه ؟

والجواب عن هذا : أن محل البحث هنا هو ما يتصل بذلك من عمل المكلفين وهو أنه اذا كان الأموات يسمعون جاز توجيه الخطاب اليهم ـ وتلقينهم الشهادتين فى قبورهم .

واذا كانوا يعذبون ندب الدعاء لهم بتخفيف العذاب وحلول النعيم .

وبعد هذا أقول وبالله تعالى التوفيق .

اختلف العلماء فى سماع الموتى لكـلام الأحياء عـلى مذهبين فى الجملة :

فذهب أكثر أهل العلم ومنهم ابن عبد البر وابن جرير الطبرى وابن قتيبـة وابن القيم وابن رجب الحنبلى الى أن الأموات يسمعون كلام الأحياء .

وذهب بعض العلماء ومنهم القاضى أبو يعلى من الحنابلة،وعائشة رضى الله عنها الى أن الأموات لا يسمعون كلام الأحياء(١) .

---

(١) الروح لابن القيم ٦٠ طبعة مكتبة المدنى كشاف القناع ١٩٩٠/٢ مراقى الفلاح ١٠٣ ، التذكرة للامام القرطبى ٢٦٤ ، طبعة المكتبة التوفيقية الجامع لأحكام القرآن الكريم القرطبى ٥١٢٨/٨ طبعة الشعب ، تفسير الفخر الرازى ١٨/٢٦ طبعة دار الفكر .

الأدلـــة

استدل القائلون بأن الأموات يسمعون كلام الأحياء بالسنة والأثر.
ــ أما السنة فمنها :

١ ــ ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما الى أبى طلحة رضى الله عنه : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر يوم بدر بأربعــة وعشرين رجلا من صناديد قريش فألقوا فى طــوى من أطواء بدر فنــاداهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسماهم بأسمائهم ــ يا أبا جهــل ابن هشام ، يا أمية بن خلف ، يا عتبة بن ربيعة ، يا شيبة بن ربيعة ، يا فلان بن فلان أليس قد وجدتم ما وعدكم ربكم حقا ، فاننى وجدت ما وعدنى ربى حقا ، فقال عمر : يا رسول الله ما تكلم من أجســاد لا أروح لها ، فقال عليه الصلاة والسلام : « والذى نفسى بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم ، ولكنهم لا يجيبون » (٢) • ويسمى هــذا الحديث بحديث القليب •

٢ ــ ما رواه ابن حبان فى صــحيحه واللفظ له ــ والطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : أن الميت اذا وضع فى قبره انه ليسمع قرع نعالهم حين يولون فان كان مؤمنا كانت الصلاة عند رأسه وكان الصيام عن يمينه وكانت الزكاة عن يساره وكان فعل الخيرات من الصــدقة والصــلة والمعروف والاحسان الى الناس عند رجليه ، فيؤتى من قبل رأســه فتقول الصلاة : ما قبلى مدخل ، ثم يؤتى عن يمينه فيقول الصيام : ما قبلى مدخل ، ثم يؤتى عن يساره فتقول الزكاة : ما قبلى مدخل ؛ ثم يؤتى من قبل رجليه فيقول فعــل الخيرات من الصــدقة والصلة

---

(٢) فتح البــارى شرح صــحيح البخارى ٢٩٨/٨ ، ٢٩٩ ط دار المعرفة ــ بيروت ــ صحيح مسلم بشرح النووى ٢٠٦/١٧ ، ٢٠٧ ط دار الفكر ــ بيروت •

والمعروف والاحسان الى الناس : ما قبلى مدخل ، فيقال له : اجلس ، فيجلس وقد مثلت له الشمس قد دنت للغروب فيقال له : هذا الرجل ماذا تقول فيه ؟فيقول : دعونى أصلى ، فيقولون له : انك ستفعل ، أخبرنا عما نسألك عنه ، قال عم تسألونى ؟ قالوا : ما تقول فى هذا الرجل الذى بعث فيكم وبم تشهد عليه ؟ فيقول أشهد أنه رسول الله وأنه جاء بالحق من عند الله فيقال له على ذلك حييت وعلى ذلك مت وعلى ذلك تبعث ان شاء الله تعالى ثم يفتح له باب من أبواب الجنة فيقال له : انظر الى مقعدك من الجنة وما أعد الله عز وجل لك فيها فيزداد غبطة وسرورا ثم يفسح له فى قبره سبعون ذراعا وينور له ويعاد الجسد كما بدىء ويجعل نسمة من النسيم الطيب وهى طائر تعلق فى شجر الجنة ، فذلك قوله تعالى :

« يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة »(٣) ... الآية .

وان الكافر اذا أتى من قبل رأسه لم يوجد شىء ثم أتى عن يمينه فلا يوجد شىء ثم أتى عن شماله فلا يوجد شىء ثم أتى من قبل رجليه فلا يوجد شىء ، فيقال له : اجلس ، فيجلس مرعوبا خائفا فيقال : أرأيتك هذا الرجل الذى كان فيكم ماذا تقول فيه ؟ وماذا تشهد عليه ؟ فيقول : أى رجل ؟ ولا يهتدى لاسمه ، فيقال له : محمد ، فيقول : لا أدرى سمعت الناس قالوا قولا فقلت كما قال الناس ، فيقال له على ذلك حييت وعليه مت وعليه تبعث ان شاء الله ، ثم يفتح له باب من أبواب النار فيقال له : هذا مقعدك من النار وما أعد الله لك فيها فيزداد حسرة وثبورا ، ثم يفتح له باب من أبواب الجنة فيقال له : هذا مقعدك منها وما أعد الله لك فيها لو أطعته ، فيزداد

---

(٣) سورة ابراهيم الآية رقم ٢٧ .

حسرة وثبورا ثم يضيق عليه قبره حتى تختلف فيه أضلاعه ، وتلك المعيشة الضنكة التى قال الله(*)

« فان له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى »(٤) .

٣ ـ ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما الى أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : العبد اذا وضع فى قبره، وتولى وذهب عنه أصحابه حتى انه يسمع قرع نعالهم أتاه ملكان فأقعداه فيقولان له : ما كنت تقول فى هذا الرجل محمد ؟ فأما المؤمن فيقول : أشهد أنه عبد الله ورسوله ، فيقال له : انظر الى مقعدك من النار أبدلك الله به مقعدا من الجنة ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : فرآهما جميعا ، وأما الكافر والمنافق فيقول : لا أدرى كنت أقول ما يقول الناس ، فيقال له : لادريت ولا وعيت ثم يضرب بمطرقة من حديد ضربة بين أذنيه فيصيح صيحة يسمعها من يليه الا الثقلين » (٥).

٤ ـ ما رواه الطبرانى بسنده الى أبى أمامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات أحد من اخوانكم فسويتم عليه التراب ـ فليقم أحدكم على رأس القبر ثم ليقل ـ يافلان ابن فلانة (٦) يسمعه ولا يجيب ثم يقول يافلان ابن فلانة فانه يستوى قاعدا ـ ثم يقول يافلان ابن فلانة فانهيقول أرشدنا رحمك الله ـ ولكن لا تشعرون فليقل

(*) سورة طه آية ٥٥ .

(٤) الترغيب والترهيب للحافظ المنذرى ١٦٨/٦ ، ١٦٩ ، ١٧٠ الطبعة الأولى ـ مطبعة السعادة .

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٢٠٥/٣ ، ٢٠٦ ، الطبعة السابقة ـ صحيح مسلم بشرح النووى ٢٠٣/١٧ ، ٢٠٤ ـ الطبعةالسابقة

(٦) ان النسبة الى الأمهات وان الانسان ينادى بأمه ـ يا فلان ابن فلانة ليست بصحيحة لا فى الدنيا ولا فى الآخرة والحديث المذكور هنا ضعيف ولا يقوى على معارضة حديث « ينصب لكل غادر لواء يقال هذه غدرة فلان بن فلان » .

اذكر ما خرجت عليه من الدنيا شهادة أن لا اله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأنك رضيت بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد نبيـا وبالقرآن اماما فان منكرا ونكيرا يأخذ كل واحد منهما بيد صـاحبه ويقول انطلق بنا ما يقعدنا عند ما لقن حجته فيكون الله حجيجهما دونه ـ قال رجل يارسـول الله فان لم يعـرف أمه ـ قال ـ ينسبه الى حـواء يافلان ابن حواء » (٧) .

وجه الدلالة من هذه الاحاديث :

أن هذه الأحاديث بينت فى وضوح وجلاء أن الأموات يسـمعون كلام الأحياء وانهم يتكلمون فى قبورهم فدل ذلك على المدعى .

وأما الأثر :

فقد روى انه لما حضرت عمرو بن العـاص الوفاة قال ـ لمن حوله اجلسوا عند قبرى قدر ما ينحر جزور ويقسم فانى أستأنس بكم »(٨).

واستدل القائلون بأن الأموات لا يسمعون كلام الأحياء بقول الله تبارك وتعالى :

« وما أنت بمسمع من فى القبور »(٩) وقوله تعالى :

« فانك لا تسـمع الموتى ولا تسـمع الصـم الدعاء اذا ولوا مدبرين »(١٠) .

---

(٧) نيل الأوطار للشوكانى ١٠١/٤ ، ١٠٢ طبعة الحلبى .
(٨) المغنى لابن قدامة ٥٠٥/٢ .
(٩) سورة فاطر الآية رقم ٢٢ .
(١٠) سورة الروم الآية رقم ٥٢ .

وجه الدلالة من هاتين الآيتين :

أن الله سبحانه وتعالى قال لحبيبه محمد صلى الله عليه وسلم وما أنت بمسمع من فى القبور ونفى فى الآية الثانية سماع الأموات لكلام الأحياء فدل ذلك على أن الأموات لا يسمعون :

ويناقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أنه ليس هناك تعارض بين ما جاء فى هذه الآيات وما ورد فى ادلة الفريق الأول لأنه من الجائز ان يكون الأموات يسمعون فى وقت ما او فى حال ما فان تخصيص العموم ممكن وصحيح اذا وجد المخصص والمخصص موجود وهو ما سبق ذكره من احاديث الفريق الأول •

الوجه الثانى : أن الآيات انما جاءت فى سياق خطاب الكفار الذين لا يستجيبون للهدى والايمان اذا دعوا اليه كما قال الله تبارك وتعالى:

« ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها ••الآية »(١١)•

ففى هذه الآية الكريمة نفى الابصار والسماع عنهم لأن الشىء قد ينتفى لانتفاء فائدته وثمرته فاذا لم ينتفع المرء بما سمعه وأبصره فكأنه لم يسمع ولم يبصر وسماع الموتى هو بمثابة هذا — وكذلك سماع الكفار لمن دعاهم الى الايمان والهدى (١٢) •

أو أن المراد أنك لا تهدى بنفسك الكفار لأنهم كالموتى وانت لا تسمع بنفسك الموتى وانما المسمع اياهم هو الله تبارك وتعالى كما

---

(١١) سورة الأعراف آية رقم ١٧٩ •

(١٢) الجامع لأحكام القرآن الكريم القرطبى ٥١٢٨/٨ طبعة الشعب تفسير الفخر الرازى ١٨/٢٦ طبعة دار الفكر •

فى قوله تعالى لحبيبه صلى الله عليه وسلم :

« انك لا تهدى من أحببت ولكن الله يهدى من يشاء ... »(١٣) .

الموجه الثالث : انه قد روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها انها قالت ما ينافى رأيها السابق فقد روى عنها قالت ما من رجل يزور اخاه ويجلس عنده الا استأنس به ورد عليه حتى يقوم (١٤) .

وبعد : فان الرأى المختار هنا ــ هو القول بأن الموتى يسمعون كلام الأحياء ويتكلمون فى قبورهم جمعا بين الادلة الواردة ، فى هذا الشأن . ولكن هل يعذب الموتى فى قبورهم ويتنعمون » .

نعم لقد ــ اثبتت الأدلة الشرعية ذلك منها .

١ ــ قول الله تبارك وتعالى :

« النار يعرضون عليها غدوا وعشيا ويوم تقوم الساعة ادخلوا آل فرعون أشد العذاب »(١٥) .

فهذه الآية تدل على أن الكفار يعرضون على النار فى قبورهم غدوا وعشيا فدل ذلك على عذاب القبر .

٢ ــ وما رواه النسائى بسنده الى ابن عمر رضى الله عنهما قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا ان احدكم اذا مات عرض عليه مقعده بالغداة والعشى ان كان من أهل الجنة فمن أهل الجنة وان كان من أهل النار فمن أهل النار حتى يبعثه الله عز وجل يوم القيامة (١٦) .

---

(١٣) سورة القصص الآية رقم ٥٦ .

(١٤) كتاب الروح لابن القيم ٥ طبعة مكتبة المدنى .

(١٥) سورة غافر الآية رقم ٤٦ .

(١٦) سنن النسائى ٤/١٠٧ طبعة دار الكتب العلمية بيروت .

٣ — ما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال — مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبرين فقال انهما يعذبان وما يعذبان فى كبير اما هذا فكان لا يستنزه من البول وأما هذا فكان يمشى بالنميمة ثم دعا بعسيب رطب فشقه اثنين ثم غرس على هذا واحدا وعلى هذا واحدا وقال — لعله يخفف عنهما مالم ييبسا »(١٧) .

٤ — وما رواه الامام أحمد بسنده الى البراء بن عازب رضى الله عنه قال — خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنازة رجل من الأنصار فانتهينا الى القبر — ولما يلحد — فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم وجلسنا حوله كأنما على رؤوسنا الطير فجعل يرفع بصره ينظر الى السماء ويخفض بصره وينظر الى الأرض ثم قال : « أعوذ بالله من عذاب القبر » قالها مرارا ثم قال — ان العبد المؤمن اذا كان فى اقبال من الآخرة وانقطاع من الدنيا جاءه ملك فجلس عند رأسه فيقول اخرجى ايتها النفس المطمئنة الى مغفرة من الله ورضوان فتخرج نفسه وتسيل كما يسيل قطر السقاء وتنزل ملائكة من الجنة بيض الوجوه كأن وجوههم الشمس معهم أكفان من اكفان الجنة وحنوط من حنوطها فيجلسون منه مد البصر فاذا قبضها الملك لم يدعوها فى يده طرفة عين فذلك قوله تعالى :

« توفته رسلنا وهم لا يفرطون »(١٨) .

قال فتخرج نفسه كأطيب ريح وجدت فتعرج بها الملائكة فلا يأتون على جند بين السماء والأرض الا قالوا ما هذه الروح فيقال فلان بأحسن اسمائه حتى ينتهوا به الى باب السماء الدنيا فتفتح له ويشيعه من كل سماء مقربوها حتى ينتهى بها الى السماء السابعة فيقول اكتبوا كتابه فى عليين ،

---

(١٧) سنن أبى داود ٦/١ طبعة دار احياء السنة بيروت .
(١٨) سورة الأنعام الآية رقم ٦١ .

« وما أدراك ما عليون ، كتاب مرقوم ، يشهده المقربون »(١٩).
فيكتب كتابه فى عليين ثم يقال : ردوه الى الأرض فانى وعدتهم أنى منها خلقناهم وفيها نعيدهم ومنها نخرجهم تارة أخرى فترد الى الأرض وتعاد روحه فى جسده فيأتيه ملكان شديدا الانتهار فينتهرانه ويجلسانه فيقولان : من ربك وما دينك ؟ فيقول : ربى الله ودينى الاسلام فيقولان : فما تقول فى هذا الرجل الذى بعث فيكم ؟ فيقول : هو رسول الله ، فيقولان : وما يدريك ؟ فيقول : جاءنا بالبينات من ربنا فآمنت به وصدقته ، قال وذلك قوله عز وجل

« يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة »(٢٠) .

قال : وينادى مناد من السماء قد صدق عبدى فألبسوه من الجنة وافرشوا له منها وأروه منزله منها فيلبس من الجنة ويفرش منها ويرى منزله منها ويفسح له مد بصره ويمثل له عمله فى صورة رجل حسن الوجه طيب الريح حسن الثياب فيقول : أبشر بما أعد الله عز وجل لك أبشر برضوان الله وجنات فيها نعيم مقيم فيقول بشرك الله بخير ، من أنت ؟ فوجهك الوجه الذى جاءنا بالخير فيقول : هذا يومك الذى كنت توعد والأمر الذى كنت توعد وأنا عملك الصالح فوالله ما علمتك الا كنت سريعا فى طاعة الله بطيئا عن معصية الله فجزاك الله خيرا . فيقول يارب أقم الساعة كى أرجع الى أهلى ومالى
قال : وان كان فاجرا وكان فى اقبال من الآخرة وانقطاع من الدنيا(*) ملك عند رأسه فقال :

اخرجى أيتها النفس الخبيثة أبشرى بسخط الله وغضبه فتنزل ملائكة سود الوجوه معهم مسوح فاذا قبضها الملك قاموا فلم يدعوها

---

(١٩) سورة المطففين الآيات ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ (٢٠) سورة ابراهيم الآية ٢٧.
(*) أى إذا دنا أجله وصار فى حالة الاحتضار ، الفتح الربانى لمسند الامام أحمد ٧/ ٧٤

فى يده طرفة عين قال : فتفرق فى جسده فتستخرجها تقطع معها العروق والعصب كالسفود الكبير الشعب فى الصوف المبلل فتؤخذ من الملك فتخرج كأنتن ريح وجدت فلا تمر على جند فيما بين السماء والأرض الا قالوا : ما هذه الروح الخبيثة ؟ فيقولون : هذا فلان بأسوا أسمائه حتى ينتهوا الى السماء الدنيا فلا يفتح له فيقول : ردوه الى الأرض فانى وعدتهم أنى منها خلقتهم وفيها أعيدهم ومنها أخرجهم تارة أخرى .

قال : فيرمى به من السماء قال : فتلا هذه الآية

« ومن يشرك بالله فكأنما خر من السماء فتخطفه الطير أو تهوى به الريح فى مكان سحيق »(٢١)

قال ويعاد الى الأرض وتعاد فيه روحه ويأتى ملكان شديدا الانتهار فينتهرانه ويجلسانه فيقولان : من ربك وما دينك ؟ فيقول : لا أدرى . فيقولان : فما تقول فى هذا الرجل الذى بعث فيكم ؟ فلا يهتدى لاسمه فيقول : لا أدرى ، سمعت الناس يقولون ذلك ، قال : فيقال : لا دريت، فيضيق عليه قبره حتى تختلف أضلاعه ويمثل له عمله فى صورة رجل قبيح الوجه منتن الريح قبيح الثياب فيقول : أبشر بعذاب من الله وسخطه فيقول : من أنت فوجهك الوجه الذى جاء بالشر فيقول: أنا عملك الخبيث والله ما علمتك الا كنت بطيئا عن طاعة الله سريعا الى معصية الله ثم قال : فيقيض له ملك أصم أبكم معه مرزبة لو ضرب بها جبل صار ترابا — أو قال رميما — فيضربه بها ضربة يسمعها الخلائق الا الثقلين ثم يعاد فيه الروح فيضرب ضربة أخرى » (٢٢) .

نسأل الله العفو والعافية وحسن الخواتيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

---

(٢١) سورة الحج الآية ٣١ .

(٢٢) الفتح الربانى شرح مسند الامام أحمد ٧/٧٤ وما بعدها ط دار احياء التراث العربى .

الفصل الثانى

الاستئجار على أداء القرب

ان شأن المسلم دائما أن يتحرى الاخلاص فى عبادته والكسب الحلال ولما كان موضوع الاستئجار على أداء القرب يمس هذين الأمرين آثرت أن ابين مدى مشروعية هذا النوع من الاجارات وما يترتب عليه من حل الكسب وعدمه ومدى امكان تدارك ما فات بعض الأشخاص من خير عن طريق تلك الإجارة كالاجارة على أداء الصلاة والصيام والحج وقراءة القرآن والاذان والامامة وتعليم العلوم الشرعية وما الى ذلك من زكاة وذبح اضحية وهدى وصدقة •

وسوف اتناول ذلك بمشيئة الله تبارك وتعالى فى ثلاثة مباحث فاقول وبالله تبارك وتعالى التوفيق :

المبحث الأول : تعريف الاجارة ودليل مشروعيتها : وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الاجارة :

أولا : تعريفها لغة :

الاجارة — فى الحقيقة — اسم للأجرة ثم استعملت فى العقد على وجه المجاز وهى مثلثة الهمزة — والكسر أشهر لغاتها وافصحها ، والأجرة هى الكراء والجزاء على العمل وعوض المنفعة والجمع أجور وأجر بضم الهمزة وفتح الجيم والأجير على وزن فعيل كنديم وجليس وجمعه أجراء (١) •

---

(١) القاموس المحيط مادة أجر باب الراء فصل الهمزة ، لسان العرب مادة أجر •

ثانيا : تعريفها اصطلاحا :

عرف الفقهاء الاجارة بتعريفات عـدة (٢) أرى أن أشـملها هو ما ذهب اليه الشافعية من أن الاجارة عقد على منفعة معلومة مقصـودة قابلة للبذل والاباحة بعوض معلوم » (٣) •

شرح هذا التعريف

قولهم « عقد » جنس فى التعريف يشمل كل عقـد ــ وقولهم « على منفعة » يقصد بهـا أن الاجارة تقع على المنفعة سـواء كانت الاجارة واردة على الأعيان كالدور والدواب أم واردة على عمل فى الذمة كما هو الحال فى اجارة الأشخاص ويخرج بهـا النكاح لأنه عقد على الانتفـاع وليس على المنفعـة ــ وقولهم « مقصـودة » يخرج به استئجار تفاحة لشمها فقط فهذا غير مقصود وقولهم « قابلة للبذل » يخرج منفعة البضع فالعقد عليها لا يسمى اجارة وقولهم « والاباحة » يخرج به اجارة الجوارى للوطء وقولهم « بعوض » يخرج به الاعارة فانها بغير عوض وقولهم « معلوم » يخرج به العوض المجهول كما فى المزارعة والمساقاة والمضاربة فان العوض فيها مجهول •

---

(٢) فعرفها الحنفية ــ بأنها بيع منفعة معلومة بأجر معلوم ــ وعند المـالكية ــ بأنها تمليك منافع شىء مبـاحة مدة معلومة بعوض ــ وعنـد الحنابلة ــ بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة فى الذمة ــ أو عمل معلوم بعوض معلوم • انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٩٧/٧ ط دار الـكتب المصرية ، الشرح الكبير للامام الدردير ٢/٤ طبعة الحلبى ، كشاف القناع ٥٤٦/٣ طبعة مكتبة النصر الحديثة •

(٣) مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٣٢/٢ طبعة الحلبى •

المطلب الثانى : دليل مشروعية الاجارة :

اتفق الأئمة الأربعة على مشروعية الاجارة (٤) واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فمنه :

١ ـ قول الله تبارك وتعالى :

« فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »(٥) .

وجه الدلالة من هذه الآية :

ان الله سبحانه وتعالى أجاز استئجار المطلقات لارضاع أبنائهن، وأمر الأباء بدفع الاجر لهن والأمر يقتضى الوجوب فكان ذلك دليلا على مشروعية الاستئجار .

٢ ـ قول الله تبارك وتعالى فى قصة سيدنا موسى وسيدنا شعيب عليهما وعلى نبينا الصلاة والسلام :

« قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من استأجرت القوى الأمين ، قال انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك »(٦) .

---

(٤) نهاية المحتاج ٢٥٨/٥ طبعة المطبعة العامرية الكبرى ، الأم للامام الشافعى ٢٥٠/٣ طبعة الشعب ، المغنى لابن قدامة ٢٦١/٥ طبعة مكتبة ابن تيمية وبدائع الصنائع ١٧٣/٤ طبعة العاصمة ، بداية المجتهد ٢١٩/٢ طبع الكليات الأزهرية ولكن الاجارة عندهم مشروعة على خلاف القياس وذلك لأن المعقود عليه هى المنفعة والمنفعة معدومة حال التعاقد والمعدوم لا يكون محلا للعقد . وخالف فى ذلك ابن تيمية وابن القيم فقالا أن الاجارة مشروعة على وفق القياس . اعلام الموقعين ٤٥١/١ .

(٥) سورة الطلاق آية رقم ٦ .

(٦) سورة القصص آية رقم ٢٦ ، ٢٧ .

وجه الدلالة من هذه الآية :

ان معنى أن تأجرنى أى ان تكون اجيرا لى أو على ان تجعل عوض انكاحى اياك بنتى رعى غنمى ثمانى حجج أى سـنين وهذا يدل على جواز الاجارة لأن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يظهر النسخ خاصة اذا قص علينا لا على وجه الأنكار (٧) .

أما السنة فمنها :

١ ـ ما رواه البخارى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنـه ـ أنه قال ـ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال تعالى فى الحديث القدسى : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غـدر . ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منـه ولم يوفه أجره » (٨) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان الله تبارك وتعالى هدد من لم يعط الأجير أجره بعد أن يستوفى منه منفعته بأن يكون خصمه يوم القيامة والوعيد لا يكون الا على ترك واجب فدل ذلك على وجوب أداء الأجرة عند الاستئجار فبذلك تثبت مشروعية الاجارة .

٢ ـ ما رواه ابن ماجه بسنده الى ابن عباس رضى اللهعنهما انه

---

(٧) وهذا هو المذهب المختار عند الحنفية والمـالكية ورواية للحنابلة وأما المختار عند الشافعية ورواية للحنابلة فهو أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ولا يلزمنا العمـل به انظر بدائع الصـنائع ١٧٣/٤ ، الأحكام للآمدى ١٢٩/٣ ، العضد على ابن الحاجب ٢٨٦/٢ .

(٨) فتح البارى شرح صـحيح البخـارى ١٣/١٠ طبعة الكليات الأزهرية .

قال ـــ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ـــ « أعطوا الأجير اجرته قبل أن يجف عرقه » (٩) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

ان النبى صلى الله عليه وسلم أمر باعطاء الأجرة للأجير قبل أن يجف عرقه وهذا كناية عن وجوب الاسراع باداء أجر الأجير فكان ذلك دليلا على مشروعية الاجارة •

وأما المعقول : فهو أن الضرورة تقتضى اجازة الاجارة لأن الناس فى حاجة الى المنافع كما هم فى حاجة الى شراء الأعيـــان فكما أباح الله تبارك وتعالى العقد على الأعيان بالبيع فوجب القول باجازة العقد على المنافع بالاجارة •

وذهب بعض العلمـــاء ومنهم ابن علية والأصـــم والقاشـــانى والنهروانى (١٠) الى عـــدم جواز الاجارة وذلك لأن الاجارة ترد على المنافع وهى معدومة وقت العقد، المعدوم لا يكون محلا للعقد لاشتماله على غرر يفضى الى نزاع •

ويناقش ذلك ـــ بان ذلك مخالف لما ثبت بالنص الشرعى فلا يلتفت اليـــه •

المبحث الثانى : الاستئجار على القرب التى تتعلق بعين المكلف :

ويشتمل هذا المبحث على القرب التى تتعلق بذات المـــكلف وهى التى يكون الطلب فيها متوجها من الشارع الى المكلف ليقوم بها سواء كانت مالية كالزكاة وذبح الأضحية والهدى وتوزيعها أم بدنية كالصلاة والصيام أم تتصف بكونها مالية وبدنية معا كالحج وسوف أتناول ذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

---

(٩) سنن ابن ماجه ٤٤/٢ طبعة الحلبى •

(١٠) المغنى لابن قدامة ٤٣٣/٥ ، بدائع الصنائع ٢٥٥٤/٥ مطبعة الامام •

المطلب الأول : الاستئجار على القرب المالية :

اتفق الفقهاء على أن القربات المالية المحضة كتوزيع الزكاة وذبح الأضحية والهدى وتوزيع الصدقات والكفارات وما الى ذلك من أنواع القربات المالية يصح الاستئجار عليها (١) وذلك لما يأتى :

١ ــ ما رواه مسلم بسنده الى على كرم الله وجهه أنه قال ــ أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بُدْنِه وأن أقسم بُدْنَه كلها جلودها وجلالها وأن لا أعطى الجازر منها شيئا وقال نحن نعطيه من عندنا » (٢) •

وجه الدلالة من هذا الحديث واضحة فى :

أن النبى صلى الله عليه وسلم أناب غيره فى توزيع الهدى والقيام على ذبحه واذا جازت الانابة فى ذلك جاز الاستئجار عليها خاصة وأنها عبادات مالية تعلق التكليف فيها بايصال المال الى مستحقيه وذلك لا يتوقف على أداء المكلف بنفسه يضاف الى ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم صرح بأنه سيعطى الجازر من عنده وليس ما سيعطيه اياه الا أجرا مقابل اجارة بعمل محدد •

---

(١) مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ٣٠٧/١ طبعة سنة ١٣٢٧ ، فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٢ /٣٥٩ ، جـ ٣ /١٤٣ طبعة الحلبى ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٢١/٢ طبعة الحلبى ، مواهب الجليل للحطاب ٤١٨/٥ طبعة مطبعة النجاح بليبيا ، المجموع للنووى ٦/ ٤٣٠ طبعة العاصمة ، كشاف القناع ٢٦١/٢ طبعة دار الفكر / المحلى لابن حزم الظاهرى ١٩١/٨ طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر •

وهؤلاء الفقهاء يشترطون فى الاجارة على هذه القرب جميع الشروط التى يشترطونها فى أى اجارة أخرى •

(٢) صحيح مسلم ٩٥٤/٢ طبعة الحلبى •

٢ ـ ما رواه البخاري ـ من أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يبعث عماله لقبض الزكاة وتفريقها فقد بعث معــاذ بن جبل رضى الله عنه الى اليمن وقال له أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم فان هم أطاعوك بذلك فاياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب (٣) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن هذا الحديث يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيز الانابة فى جمع الزكاة ودفعها لمســتحقيها واذا جازت الانابة فى ذلك جازت الاجارة عليها ومعلوم أن هؤلاء العمال كانوا يعطون أرزاقا من بيت المال مما حدا بالبعض أن يطلب القيــام بهذا العمل مقــابل ما يجرى عليه من الرزق (٤) .

ويناقش هذا : بأن هناك فارقا بين الأجرة من جهة وبين الارزاق وسهم الصدقة من جهة أخرى اذ الأجرة لا يجوز فيها الجهل بالمقــدار وذلك بخلاف الأرزاق وسهم الصدقة وعلى هــذا فلا يصح القيــاس هنــا (٥) .

ويجاب عن هذا من وجهين :

الوجه الأول : بأنه لا يسلم أن الأرزاق وسهم الصدقة مجهولان بل هما معلوما القدر بنسبة معينة تخضع للكم الوارد لبيت المال .

---

(٣) صحيح البخارى ١٣٠/٢ طبعة الحلبى .

(٤) سنن أبى داود ٩/٣ كتاب الامارة والفيء والخراج .

(٥) وقد فرق الامام النووى رضى الله عنه بين الأرزاق من بيت المال على الامامة والقضاء وتعليم العلم الواجب كفائيا وغيرها وبين الاجارة على هذه الأعمال انظر الروضة للامام النووى ٦٥/٤ .

الوجه الثانى : وعلى فرض التسليم بأن الأرزاق وسهم الصدقة مجهولان بالنظر الى أن الوارد الى بيت المـال مجهـول الا أن بعض الفقهاء وهم المالكية والزيدية والامامية اجازوا الاجارة على نسبة من الناتج عن المعقود عليه اذا كان مقدرا فى الجملة » (٦) .

٣ ـ ان هذه العبادات عبادات مالية محضـة لا تحتاج الى أن يفعلها الانسان بنفسه لأن الملاحظ فيها فقط هو بذل المال وايصاله الى أصحابه ومستحقيه فيجوز الاستئجار عليها خاصة اذا تعذر فعلها على صاحبها بنفسه .

المطلب الثانى : الاستئجار على القرب البدنية
وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول : الاستئجار للصلاة والصيام عن الحى :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للحى أن يسـتأجر من يؤدى عنه الصلاة أو الصيام (٧) واستدلوا على ذلك بالأثر والمعقول :

أما الأثر : فما رواه البيهقى بسنده الى ابن عبـاس رضى الله عنهما أنه قال « لا يصلى أحد عن أحـد ولا يصوم أحـد عن أحد »، وروى مثل ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما » (٨) .

---

(٦) وذلك بخلاف الحنفيـة والشافعية والحنـابلة القائلين بعدم جواز ذلك انظر تكملة فتح القدير ١٠٧/٩ ، نهاية المحتاج ٣٢٢/٥ ، المغنى لابن قدامة ٣٢٨/٥ ، الشرح الكبير للامام الدردير ٩/٤ ، تحرير الأحكام ٢٤٤/٢ ، شرح الأزهار للزيدية ٢٨٨/٣ .

(٧) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٦٠٥/٦ طبعة العاصمة ، مجمع الأنهر ٣٠٧/١ ، فتح القدير ٣٥٩/٢ ، الشرح الكبير للامام الدردير مع الحاشية ٥٣٠/١ ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ ، المحلى لابن حزم الظاهرى ١٩١/٨ .

(٨) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ طبعة المعارف النظامية حيدر آباد .

وجه الدلالة من هذا الأثر :

هو أن « لا » فى الأثر نافية وهى موجهة الى صحة العمل لا الى الماهية والذات فيكون المعنى لا يصح أن يصلى أحد عن أحد ولا يصح أن يصوم أحد عن أحد فيدل ذلك على المدعى ــ يضاف الى ذلك ان هذا مما لا يقال فيه بالرأى وان الميت يستثنى بالادلة الأخرى التى سيأتى بيانها بعد .

أما المعقول : فهو أن هذه العبادات بدنية يتوقف أصل حصولها على النية وأن المقصود منها امتحان عين المكلف بها ــ وغيره لا يقوم مقامه فيها وكذلك الخضوع بها لله عز وجل والتوجه اليه والتذلل بين يديه والانقياد لحكمه وعمارة القلب بذكره ولا يحصل ذلك الا من المكلف بنفسه فلا يجوز الاستئجار عليها (٩) .

الفرع الثانى : الاستئجار للصلاة عن الميت :

اختلف الفقهاء فى جواز استئجار من يصلى عن الميت على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة وجمهور الشافعية الى انه لا يجوز الاستئجار للصلاة عن الميت سواء كانت الصلاة التى فاتته فرضا أم نفلا (١٠) وذلك قياسا على عدم جواز الاستئجار عليها بالنسبة للحى بجامع أن كلا صلاة تعلقت بعين المكلف يضاف الى ذلك ماسبق ذكره من ادلة الاتفاقية السابقة .

---

(٩) مغنى المحتاج شرح المنهاج ٢/٣٤٤ طبعة الحلبى .

(١٠) بدائع الصنائع ٦/٢٦٠٥ ، مجمع الأنهر ١/٣٠٧ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ١/٣٠٩ طبعة الحلبى ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١/٥٣٠ والمجموع للنووى ٦/٤٣٠ ، مغنى المحتاج ٢/٣٤٤ ، المغنى لابن قدامة ٣/١٤٣ .

وذهب الظاهرية وبعض الشافعية والأوزاعى واسحاق بن راهويه الى أنه يجوز للولى أن يصلى عن الميت سواء كانت الصلاة فرضا أم نفلا فان أبى الولى أن يقوم بها عن الميت استؤجر من مال الميت من يقوم بادائها عنه وقد وافقهم الحنابلة فى صلاة النذر فقط وذلك لأنها دين الله سبحانه وتعالى ودين الله يجب أداؤه (١١) •

وأرى أن ماذهب اليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالقبول لما ذكروه ـ يضاف الى ذلك أن هذا الرأى يحقق المقصود من العبادة فيندفع المكلف الى أدائها ولا يعتمد على ثروته التى يمكن أن يوصى باستئجار من يؤدى عنه الصلاة فلا يتحقق مقصود العبادة التى هى اختبار عين المكلف وتهذيب نفسه واصلاح قلبه •

الفرع الثالث : الاستئجار للصيام عن الميت :

اختلف الفقهاء فى جواز الاستئجار للصيام عن الميت على مذهبين :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والزيدية والشافعى فى مذهبه الجديد الى أنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت ووافقهم الحنابلة فيما اذا كان الصيام من رمضان (١٢) •

وذهب الظاهرية والشافعى فى القديم الى أنه يجوز الاستئجار للصوم عن الميت مطلقا ووافقهم الحنابلة فيما اذا كان الصيام نذرا (١٣) •

---

(١١) المحلى لابن حزم ١٩١/٨ ، المجموع للنووى ٤٣٠/٦ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ •

(١٢) فتح القدير ٣٥٩/٢ ، بداية المجتهد ٣٠٩/١ ، اللمعة الدمشقية ١٢٢/٣ والمهذب للشيرازى ٤٠٩/١ طبعة الحلبى ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ •

(١٣) المحلى لابن حزم ١٩١/٨ ، المهذب للشيرازى ٤٠٩/١ ، المغنى لابن قدامة ١٤٣/٣ ـ الا أن الظاهرية قالوا انما يجوز الاستئجار فى حالة عدم وجود ولى يصوم عن ميته •

ـ الأدلة ـ

استدل القائلون بأنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت بالسنة والأثر والمعقول :

أما السنة : فما رواه ابن ماجه بسنده الى ابن عمر رضى اللـــه عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام فليطعم عنه مكان كل يوم مسكينا » (١٤) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر أن الذى يموت وعليـــه صيام فالواجب أن يطعم عنه ولو كانت النيابة عن الميت فى الصـــيام جائزة لبين ذلك النبى صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز تأخير البيـــان عن وقت الحاجة اليه فدل ذلك على أنه لا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت من باب أولى •

ويناقش هذا : بأنه قد رويت احاديث تجيز النيابة فى الصـــيام عن الميت وسيأتى ذكر طرف منها فى ادلة القائلين بجواز الاســـتئجار للصيام عن الميت •

أما الأثر : فمنه :

١ ـــ ما رواه البيهقى بسنده الى السيدة عائشـــة رضى الله عنها أنها قالت فى شأن الميت الذى مات وعليه صوم « يطعم عنه فى قضاء رمضان ولا يصام » (١٥) ، وقالت أيضـــا « لا تصـــوموا عن موتاكم وأطعموا عنهم » •

٢ ـــ وما رواه البيهقى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « لا يصلى أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد » (١٦) •

٣ ـــ وما رواه البيهقى أيضا بســـنده الى ابن عمر رضى الله

---

(١٤) سنن ابن ماجه ١/٥٥٨ طبعة دار احياء الكتب العربية •

(١٥) سنن البيهقى ٤/٢٥٧ طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية •

(١٦) سبق تخريجه •

عنهما أنه كان اذا سئل عن الرجل يموت وعليه صوم من رمضان أو نذر يقول « لا يصوم أحد عن أحد ولكن تصدقوا عنه من ماله للصوم لكل يوم مسكينا » (١٧) .

فهذه الآثار تدل على أن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم كانوا يرون أن من مات وعليه صوم لا يصام عنه ولا يستأجر للصيام عنه بل يطعم وهذا من الأمور التى لا مجال للرأى فيها لأنها أمور تعبدية والأصل فيها التوقيف فلابد من انهم اعتمدوا فى ذلك على سنة صحيحة ثابتة عندهم :

وأما المعقول : فهو أن الصوم لا تدخله النيابة عن الحى فكذلك لا تدخله النيابة عن الميت قياسا على الصلاة بجامع أن كلا عبادة يقصد بها امتحان عين المكلف وعليه فلا يجوز الاستئجار للصيام عن الميت (١٨) .

واستدل القائلون بأنه يجوز الاستئجار للصيام من الميت بالسنة منها .

١ — ما رواه مسلم بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها؟ قال أفرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يؤدى ذلك عنها؟ قالت نعم قال فصومى عن أمك (١٩) .

٢ — ما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة ركبت البحر فنذرت ان نجاها الله ان تصوم شهرا فنجاها الله سبحانه وتعالى فلم تصم حتى ماتت فجاءت بنتها أو أختها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تصوم عنها (٢٠) .

---

(١٧) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية .
(١٨) المهذب للشيرازى ٤٠٩/١ طبعة الحلبى .
(١٩) صحيح مسلم ٨٠٤/٢ مطبعة عيسى الحلبى .
(٢٠) سنن أبى داود ٢١٢/٢ طبعة مصطفى الحلبى .

وجه الدلالة من هذين الحديثين :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر البنت أن تصوم عما ثبت فى ذمة أمها من صيام نذر فدل ذلك على جواز الصيام عما فات الميت من فريضة كصيام رمضان قياسا عما ثبت فى النذر بجامع أن كلا صوم واجب ثبت فى الذمة .

ويناقش هذا : بأن القياس هنا قياس مع الفـــارق فلا يصح لأن النذر أوجبه الانسان على نفسه وذلك بخلاف صيام شهر رمضان فان الذى أوجبه هو الله سبحانه وتعالى فامتحان عين المكلف فيه أظهر .

٣ ـ وما رواه البخارى بسنده الى السيدة عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مات وعليه صوم صام عنه وليه »(٢١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز النيابة عن الميت فى الصيام وما جازت النيابة فيه جاز الاستئجار لأدائه :

الرأى المختــار :

وبعد فاننى أرى أنه يمكن التــوفيق بين أدلة القائلين بجــواز الاستئجار للصيام عن الميت وأدلة القائلين بعدم جواز ذلك بأن نحمل أحاديث جواز الصيام نيابة عن الميت على صيام النذر والنفل وأحاديث عدم جواز النيابة على صيام الفريضة .

ومما يدعم ذلك ما رواه البيهقى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر يصوم شهرا وعليه صــوم رمضان ؟ قال أما رمضان فليطعم عنه وأما النذر فيصام عنه(٢٢) .

---

(٢١) صحيح البخارى ١٣٨/٤ طبعة دار الشعب .
(٢٢) سنن البيهقى ٢٥٧/٤ .

المطلب الثـــالث

الاستئجار على القرب الموصوفة بكونها مالية وبدنية معـا وهى الحج وفيه فرعان :

الفرع الأول : الاستئجار الحج عن الصحيح القادر :

اتفق الأئمة على أن الشخص الصحيح القادر على السفر الى الحج ليس له أن يستأجر غيره فى الحج الواجب المفروض عليـه(٢٣) وذلك لأن الحج فرض عين على كل مستطيع لقول الله تبارك وتعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سـبيلا ومن كفر فان الله غنى عن العالمين »(٢٤) ٠

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

ان هذه الآية تدل بمنطوقها على أن المستطيع واجب عليه أن يحج البيت فلو أناب أو استأجر غيره لم يصدق عليه انه حج البيت ٠

وبما رواه الامام أحمد بن حنبل بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال خطبنا النبى صلى الله عليه وسلم فقال أيها الناس ان الله كتب عليكم الحج فحجوا قال فقام الأقرع بن حابس فقال : فى كل عام يا رسول الله؟ قال لو قلتها لوجبت ولو وجبت لم تعملوا بها أو لم تستطيعوا أن تعملوا بها فمن زاد فهو تطوع »(٢٥) ٠

---

(٢٣) الاختيار لتعليل المختار للموصلى ٧٧/٢ ط الحلبى ، الشرح الكبير للامام الدردير ١٨/٢ طبعة الحلبى ، المهذب للشيرازى ١٩٩/١ والمغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ ، المحلى لابن حزم ١٩٢/٨ ٠

(٢٤) سورة آل عمران آية رقم ٩٧ ٠

(٢٥) الفتح الربانى على مسند الامام أحمـد ١٥/١١ طبعة احيـاء التراث العربى ٠

وجه الدلالة من هذا الحديث :

دل هذا الحديث على أن الحج واجب على المكلف فى العمر مرة واحدة مادام مستطيعا — ودل أيضا على أن المكافين بالحج لايستطيعون فعله فى كل عام وعدم الاستطاعة هنا بدنى فقط — اذ عدم المال يسقط التكليف بالحج من أصله اذن فعدم مشروعية الوجوب سنويا جاء لرفع الحرج البدنى فقط فدل ذلك على أن النيابة بالحج لاتجوز لأنها لو جازت لكانت الاستطاعة متوفرة سنويا اما بفعل المكلف ذلك بنفسه واما بانابة غيره عنه وحينئذ فلا يكون لقوله صلى الله عليه وسلم « لم تستطيعوا أن تعملوا بها » وجه •

كما أن جمهور الفقهاء ذهبوا الى انه يجوز استئجار من يحج عن الميت فى حالة ايصائه بذلك ويكون ذلك من ثلث ماله(٢٦) لقول النبى صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم »(٢٧) •

ولأن الميت قد التزم شرعا بأداء الحج فى حياته فيجب على الموصى لهم تنفيذ ذلك •

الفرع الثانى : الاستئجار الحج عن العاجز والميت :

اختلف الفقهاء فى جواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت على مذهبين :

---

(٢٦) نفس المراجع السابقة — الا أن هناك رواية عند المالكية لا تجوز الحج عن الميت ولو أوصى بذلك — انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٩/٢ طبعة الحلبى •

(٢٧) شرح معانى الآثار للطحاوى ٣٧٩/٤ ، سنن ابن ماجة ٩٠٤/٢ طبعة المكتبة العلمية بيروت •

فذهب الجمهور ومنهم الحنفية والمالكية(٢٨) وهو المشهور عند الحنابلة الى أنه لا يجوز الاستئجار للحج عن الميت والعاجز(٢٩) .

وذهب الشافعية والظاهرية والحنابلة فى غير المشهور الى انه يجوز الاستئجار للحج عن العاجز(٣٠) والميت(٣١) مطلقا .

الأدلـــة

استدل القائلون بعدم جواز الاستئجار للحج عن الميت والعاجز بما يأتى :

---

(٢٨) ومع قول الحنفية بأنه لا يجوز الاستئجار للحج الا أنهم قالوا تجوز النيابة فى الحج ولو بأجر بشرط ألا يقول المنوب عنه للنائب أستأجرتك بكذا ولو قال ذلك بطلت الاجارة وبقى الأمر بالحج ووجب للأجير أجرة المثل وحج المنوب عنه ، انظر حاشية ابن عابدين ٢/٢٤٠ طبعة دار احياء التراث العربى ، وعند المالكية لا تصح النيابة فى حج الفريضة لا بأجر ولا بغيره وعليه فلا يجوز الاستئجار للحج واذا وقع وقع فاسدا ووجب فسخ العقد واذا أتم المستأجر الحج استحق أجرة المثل والا فلا وأما بالنسبة للاستئجار عن حج النافلة والنذر فانه يجوز عندهم مع الكراهة . انظر الشرح الكبير مع الحاشية ٢/١٩ طبعة الحلبى .

(٢٩) بدائع الصنائع ٦/٢٦٠٥ ومجمع الأنهر ١/٣٠٧ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٣٣١ ، الشرح الكبير للامام الدردير ٢/١٩ والمغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ طبعة مكتبة ابن تيمية .

(٣٠) واشترط هؤلاء لجواز الاستئجار للحج عن العاجز أن يكون العجز غير مرجو الزوال وكان لديه مال ووجد من يستأجره بأجر المثل فان كان العجز مرجو الزوال فلا يجوز الاستئجار وان عدم المال أو الأجير بأجر المثل فهو غير مستطيع فلا يجب عليه الحج . انظر المهذب للشيرازى ١/١٩٩ طبعة الحلبى ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٢/٣٤٤ ط الحلبى .

(٣١) مغنى المحتاج ٢/٣٤٤ ، المحلى لابن حزم الظاهرى ٨/١٩٢ ، المغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ ، المبدع شرح المقنع ٥/٩٠ طبعة المكتب الاسلامى

١ ــ قول الله تبارك وتعالى « ولله على النـــاس حج البيت من استطاع اليه سبيلا »(٣٢) •

وجه الدلالة من هذه الآية :

هو أن الله سبحانه وتعالى علق وجوب الحج على الاســـتطاعة فالعاجز لا يجب عليه الحج وعليه فلا يجوز الاستئجار للحج عنه • كما أن قوله « من استطاع » بدل من قوله « على النـــاس » فكأن الآية صريحة فى أن الحج مطلوب عينا ممن استطاع فمن عجز لا يجب عليه الحج وبالتالى لا يشرع فى حقه الانابة والاجارة ، فهما متفرعان عن الوجوب :

ويناقش هذا :

بأن هذا الكلام غير مسلم لأنه مصادرة على المطلوب فان عـــدم التكليف بالحج للعاجز به بدنيا مع وجود القدرة المالية للانابة والإجارة هو عين المدعى أو لازمه ــ فنحن ندعى أنه مستطيع بالغير لقـــدرته ماليا فيجب عليه الحج •

كما أنه يجـــوز الاســـتئجار لأداء بعض للنوافل كالحـــج غير الواجب والعمرة مع أنهما غير واجبين عليه •

٢ ــ أن الحج واجب عينى والواجب العينى يقصد به امتحـــان المكلف واظهار خضوعه لله عز وجل وامتثاله له والأجير لا يقوم مقام المستأجر فى ذلك •

ويناقش هذا :

بأنه من المسلم أن الحج واجب عينى ولكن مسألتنا فيمن طـــرأ عليه عجز أو وفاة ولم يؤد ما عليه وأراد أن يبرىء ذمته أمـــام الله عز وجل وليس أمامه سوى أن يستأجر من يحج عنه اذا لم يجد من

---

(٣٢) سورة آل عمران ٩٧ •

ينوب عنه بلا أجر فكان هذا هو الطريق الذى ينبغى فتحه أمام العاجز أو أولياء الميت حتى يكفروا عنه ما صدر منـــه من تفريط فى جنب الله عز وجل •

٣ ـ أن الحج قربة والقربة اذا وقعت كانت لمن فعلها ولذلك فان أهليته معتبرة فى أداء القربة واذا كان الأمر كذلك فلا يجوز له أخـــذ الأجر على ما فعل لأن القربة ستقع له •

وينـــاقش هذا :

بأنه غير مسلم الا فى حالة ما اذا نوى فاعل القربة الفعل لنفسه اما اذا نواه لغيره فانه لا يقع له كما هو الحال فى الحج عند الحنفية والحنابلة فانه يقع لمن نوى له وكذا الحال عنـــد المالكية فى حال النفل والنـــذر •

٤ ـ كما أنه يمكن قياس عدم جواز الاستئجار للحج عن العاجز والميت على عدم جـــواز ذلك فى الصـــلاة والصيام بجـــامع أن كلا فرض عين •

وينـــاقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح اذ من شروط المقيس عليـــه أن يكون أمرا منصوصا عليه أو مجمعا عليه فى الراجح عند الأصوليين والفقهاء ومقابله مرجوح لا يعول عليه • وقد اختلف هنـــا فى جواز الاستئجار للصلاة والصيام عن العاجز والميت كما مر بيانه •

واستدل القائلون بجواز الاســـتئجار للحج عن العـــاجز والميت مطلقا بما يأتى :

١ ـ ما رواه البخارى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة من خثعم قالت يا رسول الله ان فريضة الله على عباده فى الحج

أدركت أبى شيخا كبيرا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال — نعم » وذلك فى حجة الوداع(٣٣) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم اذن للمرأة أن تحج عن أبيها الذى عجز عن أداء فريضة الحج واذا جاز لها أن تحج عن أبيها جاز لها أن تستأجر للحج عنه وذلك لأن كلا أداء فرض عين عن الغير .

٢ — ما رواه البخارى بسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما أن امرأة من جهينة جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ان أمى نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها ؟ ، فقال — نعم حجى عنها أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته اقضوا الله فالله أحق بالوفاء »(٣٤) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبى صلى الله عليه وسلم شبه الحج الذى هو دين الله بدين الادمى بجـــامع أن كلا واجب الأداء فاذا كان أداء دين الأدمى من أى شخص يسقط المساءلة(٣٥) عن الميت فكذا الحال فى الحج الذى هو دين الله فيدخل الأجير فى ذلك الأداء .

---

(٣٣) صحيح البخارى ٣/٢٣ .

(٣٤) صحيح البخارى ٣/٢٣ .

(٣٥) يدل على ذلك ما رواه البخارى بسنده الى سـلمة بن الأكوع أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه فقال هل عليه دين ؟ قالوا نعم ديناران قال هل ترك لهما وفاء؟ — قالوا لا فتأخر فقيل لم لاتصلى عليه؟ فقال صلى الله عليه وسلم — ما تنفعه صلاتى وذمته مرهونة الا أن قام أحدكم فضمنه فقام أبو قتادة — فقال — هما على يا رسول الله فصلى عليه النبى صلى الله عليه وسلم — صحيح البخارى ٥/٣٧٣ ، مسند الامام أحمد ٥/١٠/٨٩ .

٣ ـ لم يأت نهى من النبى صلى الله عليه وسلم عن الاستئجار للحج عن العاجز أو الميت فيكون الاستئجار عليه جائزا لدخـوله فى عموم(٣٦) ما ورد فى جواز المؤاجرة مثل قول النبى صلى الله عليـه وسلم ـ اعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه(٣٧) .

فهذه الأحاديث وغيرها أمرت باعطاء الأجير حقه دون تأخير وذلك يدل على جواز الاستئجار ولم يسـتثن الحج منها فدل ذلك على أنه داخل فى عمومها .

٢ ـ يجوز الاستئجار على الحج قياسـا على جواز أخذ النفقة عنه بجامع أن كلا مال دفع لأداء فريضة الحج(٣٨) .

٣ ـ يجوز الاستئجار على الحج قياسا على جواز الاسـتئجار على بناء المساجد والقناطر وما شاكل ذلك بجامع عجز المستأجر عن القيام بهذه القرب بنفسه(٣٩) .

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح وذلك لأن بناء المساجد والقناطر ليس بفرض على شخص بعينه بخلاف الحج فانه واجب عينى كما أنه لو لم يجز الاستئجار على بناء القناطر والمساجد وما شاكلهما لسد باب البناء اذ لا يستطاع ذلك فى العادة الا بالاستئجار وذلك بخلاف الحـج .

---

(٣٦) المحلى لابن حزم الظـاهرى ١٩٢/٨ طبعة المـكتب التجـارى للطباعة والنشر .

(٣٧) سنن ابن ماجه ٤٤/٢ طبعة دار احياء الكتب العربية .

(٣٨) المغنى لابن قدامة ٢٣٠/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية .

(٣٩) المغنى لابن قدامة ٢٣٠/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية .

الرأى المختار :

وبعد فاننى أرى أن ما ذهب اليه القائلون بأن الاستئجار على الحج بالنسبة للعاجز عنه والميت جائز هو الأولى بالقبـول وذلك لما ذكروه من أدلة ورد دليل المخالف يضاف الى ذلك أن هذا الرأى يتفق مع روح الشريعة التى تفتح دائما الباب أمام المقصرين ليتـداركوا ما فاتهم وترغيبا لهم فى الانابة الى ربهم من ذلك فتح باب التـوبة أمام المسلم ما لم يغرغر فاذا أفاق وتاب الى الله وثاب الى رشـده وأراد أن يتـدارك ما فاته من فريضـة الحج ولم يستطع لمرضـه أو شيخوخته فانه يفتح أمامه باب الاستئجار ويكون هذا الاستئجار دليلا على صدق توبته حيث سـيبذل ـ فوق نفقات الحج التى كان سيتكلفها لو كان سيحج بنفسه ـ أجرة الأجير خاصة اذا لم يجد من يحج عنه بطريق النيابة دون الاستئجار .

واذا كنت قد اخترت انه يجـوز الاستئجار للحج عن العـاجز والميت فانه ينبغى التنبيه على أن القائلين بهذا الرأى قد اشـترطوا شروطا معينة فى الأجير وهى :

١ ـ أن يكون الأجير مكلفا . بحيث يصح حجه لنفسه لأن حجه اذا لم يصح لنفسه فلا يصح لغـيره وعليه فلا يجوز حج الصـبى ولا المجنون لقول النبى صلى الله عليه وسلم ـ رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل وفى رواية أخرى يفيق »(٤٠) .

٢ ـ أن يكون الأجـير قد حـج عن نفسـه(٤١) وذلك لما رواه أبو داود بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله

---

(٤٠) سنن أبى داود ٢/٢٢٨ كتاب الحدود .

(٤١) المجموع شرح المهذب للشيرازى ٧/٩٢ ؛ المغنى لابن قدامة ٣/٢٣١ .

عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة ؟ قال أخ لى أو قريب لى قال حججت عن نفسك ؟ قال — لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة(٤٢) •

فهذا الحــديث يدل على أن النائب فى الحج ينبغى أن يكون قد حج عن نفسه فيقــاس عليه الأجير بجــامع أن كلا يؤدى عبــادة عن غيره •

ومن الجدير بالذكر أنه يجوز استئجار المرأة للحج عن الرجــل واستئجار الرجل للحج عن المرأة من باب أولى لكمال حجة هذا عند القائلين بجواز الاستئجار للحج •

المبحث الثـــانى

الاستئجار على القرب التى لا تتعلق بعين المكلف

والقرب التى لا تتعلق بعين المكلف هى التى تكون عــلى الكفاية أى اذا قام بها البعض سقط الاثم عن الباقين وحاز القائم بها الفضل والمثوبة مثل الامامة والأذان وتغسيل الميت والصلاة عليه وتعــليم القرآن الكريم وسائر العلوم الدينية وما الى ذلك من فروض الكفاية التى لا يتوقف أصل حصولها على النية •

وقد اختلف الفقهاء فى جواز أخذ الأجرة على القيام بهذه الأعمال على مذهبين :

فذهب المــالكية والشــافعية(١) والظاهرية(٢) وهو القول غير

---

(٤٢) سنن أبى داود ١/٤٢١ طبعة مصطفى البابى الحلبى •

(١) وقال الشافعى فى الأم • فى شأن استئجار المؤذن — أحب أن يكون المؤذنون متطـوعين وليس للامام أن يرزقهم وهو يجد من يؤذن متطوعا ممن له أمانة الا أن يرزقهم من ماله قال ولا أحسب أحدا ببلد كثير الأهل يعوزه أن يجد مؤذنا أمينا يؤذن متطوعا فان لم يجده فلا بأس أن

المشهـور عند الحنابلة واليه ذهب متـأخرو الحنفية الى أنه يجـوز الاستئجار لهذه القرب وأمثالها ووافقهم الامامية فى تعليم القـرآن الكريم والصلاة على الميت مع الكراهة(٣) ٠

وذهب متقدمو الحنفية وهو المشهور فى مذهب الحنـابلة الى عدم جواز الاستئجار لهذه القرب وأمثالها ووافقهم الزيدية فى الأصح عندهم فى كل قربة(٤) ٠

يرزق مؤذنا ولا يرزقه الا من خمس الخمس ٠ انظر الأم ٧٢ طبعة الشعب وقال الامام الأوزاعى يجوز أن يجاعل على الآذان ولا يؤاجر عليه انظر الفتح الربانى على مسند الامام أحمد ٢٧/٣ ٠

(٢) الظاهرية ـ قالوا يجوز للامام « أى امام المسلمين » أن يعطى المؤذن والامام من أمـوال المسلمين على وجه الصلة أن يستأجرهمـا أهل المسجد على الحضور معهم عند حلول أوقات الصلاة فقط مدة مسماة فاذا حضر تعين الأذان والامامة على من يقوم بهما ـ انظر المحلى لابن حزم ١٩١/٨ طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر بيروت ٠

(٣) الفواكه الدوانى ١٦٤/٢ طبعة الحلبى ، مواهب الجليل للحطاب ٤١٨/٥ طبعة دار الفكر ، جواهر الاكليل ١٨٨/٢ طبعة الحلبى ، نهاية المحتاج ٢٩١/٥ طبعة الحلبى ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٤/٢ طبعة الحلبى والمحلى لابن حزم الظاهرى ١٩٣/٨ ، المغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية ، وتحرير الأحكام ٢٣٣/١ طبعة القاهرة ٠

بل ان متأخرى الحنفية اسـتحسنوا أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم والفقـه والآذان وذلك لأن الناس قد تركوا تعليمهـا حسـبة لله سـبحانه وتعالى ٠ انظر مجمع الأنهر على ملتقى الأبحـر ٣٨٤/٢ طبعة احياء التراث ٠

(٤) العناية شرح الهـداية للعينى ٩٣٧/٧ طبعة دار الفكر ، بدائع الصنائع ٢٦٠٥/٦ طبعة الامام ، المبدع شرح المقنع ٩٠/٥ طبعة المكتب الاسلامى ، المغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ وحاشية ابن عابدين ٢٤٠/٢ طبعة احياء التراث العربى ، الغرة المنيفة فى تحقيق الامام أبى حنيفة ص ١١٧ طبعة مؤسسة الكتب الثقافية ٠

ـ الأدلة ـ

استدل القائلون بجواز الاستئجار لهذه القرب بالسنة والآثار والمعقول • أما السنة فمنها :

١ ـ ما رواه البخارى بسنده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال : ان نفرا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال هل فيكم من راق فان فى الماء رجلا لديغا أو سليما فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاة فجاء بالشاة الى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا أخذ على كتاب الله أجرا حتى قدموا المدينة فقالوا يا رسول الله ـ أخذ على كتاب الله أجرا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله(٥) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبى صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله دليل على جواز أخذ الأجر على تعليم القرآن ويلحق به كل ما فى معناه كتعليم سائر العلوم الدينية •

٢ ـ ما رواه البخارى بسنده الى أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أنه رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل فبرىء الرجل وأخذ أبو سعيد وأصحابه الجعل فأتوا به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه وسألوه فقال صلى الله عليه وسلم لأبى سعيد لقد أكلت برقية حق كلوا واضربوا لى معكم بسهم(٦) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر أخذ الجعل على الرقية

---

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٠/١٨ ط الكليات الأزهرية

(٦) فتح البارى شرح صحيح البخارى ١٠/٢١ ط نفس الطبعة •

بفاتحة الكتاب فيجوز الاستئجار على تعليم القرآن بجامع أن كلا عوض في مقابلة قراءة القرآن اذ لا فرق بين قراءة القرآن للتعليم وقراءته الرقية بل أخذ الأجرة على التعليم أولى لاحتياجه الى جهد ووقت .

وقد نوقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : ان أخذ الأجرة فى هذا الحديث كان على الرقية وهى نوع من المداواة ولا خلاف فى جواز أخذ الأجرة على المداواة .

وأجيب عن هذا :

بأن قراءة القرآن للتعليم غرض صحيح مقصود فجاز بذل المال فى مقابله كقراءة القرآن للمداواة بل هو أولى لما فيه من منفعة للمسلمين .

الوجه الثانى : أن هذا لم يكن من باب الاجارة بل هو من باب الجعالة وهناك فرق بين الاجارة والجعالة . فالجعالة أوسع من الاجارة ولذا جازت مع جهالة العمل .

وأجيب عن هذا :

بأنه ليس هناك فرق بين الجعالة والاجارة هنا فى هذا المقام لأن فى كل منهما أخذ عوض فى مقابل قراءة القرآن الكريم وهذا متفق عليه فيهما .

الوجه الثالث : أن المراد بالأجر فى الحديثين هو الثواب من الله عز وجل .

وأجيب عن هذا :

بأنه ليس المراد بالأجر فى الحديثين الثواب بدليل ما ورد فيهما من أخذ الصحابى للشاة وقول النبى صلى الله عليه وسلم اضربوا لى معكم بسهم .

٣ ــ ما رواه البخارى بسنده الى سهل بن سعد أن النبى صلى الله عليــه وســلم جاءته امرأة فقالت يا رســول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيهــا ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شىء تصدقها اياه ؟ فقال ما عندى الا ازارى هذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان أعطيتهــا ازارك جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما أجد شيئا فقال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شىء قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها فقال له النبى صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن(٧) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبى صلى الله عليــه وسلم زوجتكها بمــا معك من القرآن ــ معناه زوجتك اياها على أن تعلمها ما معك من القرآن فقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم تعليم القرآن عوضا عن المهر فيدل ذلك على جواز اعطاء العوض فى مقابل تعليم القرآن ويقــاس على ذلك بقية القرب •

وينــاقش هذا :

بأنه لا يسلم أن يكون تعليم القرآن الكريم مهرا لزوجة وما روى فى هــذا محمول على أن النبى صلى الله عليه وســلم زوج الرجل بلا مهر اكراما له ولعلمه بحاله •

ويجــاب عن هذا :

بأن النبى صلى الله عليه وسلم ورد عنه أنه قال للرجــل حين ظهر عجزه المادى : اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن(٨) •

---

(٧) صحيح البخارى ٩/٧ نفس الطبعة السابقة •

(٨) سنن أبى داود ٤٨٧/١ طبعة دار احياء السنة المحمدية •

وهذا الكلام يحتمل أمرين :

الأمر الأول : أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل مهر المرأة أن يعلمها الرجل ما معه من القرآن •

والأمر الثانى : هو أن الرسول صلى الله عليه وسلم زوج الرجل بلا مهر اكراما له ، ولكن الأمر الأول أولى بالقبول لان النبى صلى الله عليه وسلم ورد عنه فى بعض الروايات أنه قال للرجل : انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن(٩) •

وفى رواية أخرى عنه أنه قال له : فعلمها عشرين آية(١٠) فدل هذا على وجوب التعليم على الرجل وما ذلك الا لأنه مهرها ولعدم جواز النكاح بغير مهر •

أما الأثر : فمنه ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يرزق المعلمين ، فقد روى عنه ابراهيم بن سعيد أنه كتب الى عماله أن أعطوا الناس على تعليم القرآن الكريم(١١) •

أما المعقول فمنه :

١ ــ قياس جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن على جواز أخذها على بناء المساجد والقناطر بجامع أن كلا فرض كفاية(١٢) •

٢ ــ قياس الاجارة على القرب على عقد النكاح بجامع أن كلا عقد أحد العوضين فيه منفعة فاذا جاز جعل تعليم القرآن الكريم عوضا فى عقد النكاح جاز أخذ الأجرة على تعليمه •

---

(٩) صحيح مسلم ١٠٤/٢ نفس الطبعة السابقة •

(١٠) سنن أبى داود ٤٨٧/١ نفس الطبعة السابقة •

(١١) نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى ١٣٨/٤ الطبعة الأولى للمجلس العلمى •

(١٢) المغنى لابن قدامة ٢٣١/٣ طبعة مكتبة ابن تيمية •

ويناقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح اذ أن المهر فى عقد النكاح ليس عوضا محضا وانما وجب عطية وصلة ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته، وصح النكاح مع فساد التسمية فى المهر .

ويجاب عن هذا :

بأن الشارع الحكيم جعل تعليم القرآن الكريم منفعة مالية لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعله صداقا وقد دل قول الله تعالى :
« وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين »(١٣) .

على اعتبار المالية فى الصداق ــ واذا كان تعليم القرآن منفعة لها قيمة فى اعتبار الشارع جاز جعلها أجرة فقياس الاجارة على النكاح انما هو باعتبار أن تعليم القرآن منفعة مالية وهذا جاءه ، فى الاجارة عنه فى النكاح(١٤) .

واستدل القائلون بعدم جواز الاستئجار لهذه القرب بالسنه والاثار والمعقول :

أما السنة : فمنها :

١ ــ ما رواه أبو داود وابن ماجه بسنديهما الى عبادة بن الصامت أنه قال علمت ناسا من أهل الصفة الكتابة والقرآن فأهدى الى رجل منهم قوسا فقلت ليست لى بمال ، فأرمى عليها فى سبيل الله ــ لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلأسألنه فأتيته فقلت يا رسول الله رجل أهدى الى قوسا ممن كنت أعلمه الكتابة والقرآن وليست لى بمال

---

(١٣) سورة النساء آية ٢٤ .

(١٤) الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى ٤٩٨٩/٧ طبعة الشعب

فأرمى عليها فى سبيل الله فقال ان كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها(١٥) •

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توعد من يأخذ أجرا على تعليم القرآن بتطويقه طوقا من نار بما أخذ ولا وعيد الا على ارتكاب محرم وتقاس عليه سائر القرب التى على شاكلته •

وقد نوقش هذا من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث ضعيف لأن فى سنده المغيرة بن زياد وهو مستنكر الحديث وفيه أيضا الأسود بن ثعلبة وهو مجهول — وحديث هذا شأنه لا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة التى ورد ذكرها فى أدلة المجيزين(١٦) •

الوجه الثانى : لو سلمت صحة هذا الحديث فهو محمول على أن عبادة بن الصامت كان متبرعا بعمله هذا فليس هذا من باب الاجارة ويؤيده قول عبادة « فأهدى » فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يتوعد آخذ العوض وانما توعد من أبطل تبرعه واحسانه كما أن أخذ الأجرة من أهل الصفة بخصوصهم دناءة لأنهم كانوا ناسا فقراء يعيشون على ما يقدمه اليهم المحسنون من الصدقات ولا يلزم من تحريم أخذ الأجر منهم تحريمه مطلقا(١٧) •

٢ — ما رواه الامام أحمد بسنده الى عبد الرحمن بن شبل الأنصارى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه سلم يقول : «اقرؤوا

---

(١٥) سنن أبى داود ٣/٢٦٤ ط دار احياء السنة المحمدية ، سنن ابن ماجه ٢/١٢ ط المكتبة العلمية بيروت •

(١٦) تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ٤/٩ ط المدينة المنورة ، نيل الأوطار للشوكانى ٥/٣٢٤ ط مصطفى البابى الحلبى

(١٧) نيل الأوطار للشوكانى ٥/٣٢٢ ط مصطفى البابى الحلبى •

القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به »(١٨) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن قول النبى صلى الله عليه وسلم ولا تأكلوا به دليل على عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن .

وقد نوقش هذا :

بأن هذا الدليل أخص من المدعى وذلك لأن المنع من التأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيب نفس .

٣ — ما رواه الامام أحمد بسنده الى عمران بن حصين عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اقرؤوا القرآن واسألوا الله به فان من بعدكم قوما يقرؤون القرآن يسألون به الناس »(١٩) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن قول النبى صلى الله عليه وسلم اقرؤوا القرآن واسألوا الله به ... الخ دليل على أنه ينبغى طلب الأجر من الله سبحانه وتعالى وعدم أخذه من الناس .

وقد نوقش هذا :

بأنه ليس فى الحديث الا تحريم السؤال بالقرآن وهو غير اتخاذ الأجر على تعليمه فالذى يعلم القرآن على أنه لله ويأخذ من المتعلم ما يدفعه اليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

---

(١٨) الفتح الربانى لترتيب مسند الامام أحمد ١٥/١٢٥ طبعة دار احياء التراث العربى .

(١٩) الفتح الربانى لترتيب مسند الامام أحمد ١٥/١٢٥ طبعة دار احياء التراث العربى .

٤ ـ وما رواه أبو داود والامام أحمد بسنديهما الى عثمان بن أبى العاص أنه قال يا رسول الله اجعلنى امام قومى قال أنت امامهم واقتد باضعفهم واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا »(٢٠) •

فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على عدم جواز أخذ الأجر على الأذان ويقاس على ذلك ما فى معناه من القرب كالامامة وغير ذلك •

وقد نوقش هذا :

بأن هذا الحديث ضعيف فلا يجوز الاحتجاج به •

وأجيب عن ذلك :

بأن هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة بطرق مختلفة وهذه الطرق يقوى بعضها بعضا وقال الترمذى انه حديث حسن صحيح •

أما الآثار : فمنها ما أخرجه ابن عدى فى الكامل عن حماد بن زيد عن يحيى البكاء قال سمعت رجلا قال لابن عمر رضى الله عنهما انى أحبك فى الله فقال له ابن عمر رضى الله عنهما وأنا أبغضك فى الله قال سبحان الله أنا أحبك فى الله وانت تبغضنى فى الله قال نعم فانك تأخذ على أذانك أجرا »(٢١) •

ويناقش هذا :

بأنه قول صحابى فلا يكون حجة على غيره وقد روى ما يناقض ذلك وهو أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرزق المعلمين ويأمر عماله بذلك وكذلك ما روى عن أبى محذورة انه قال فألقى على رسول الله

---

(٢٠) سنن أبى داود ٣٦٣/١ طبعة محمد على ، سنن الترمذى ١١/١ طبعة الحلبى والفتح الربانى للشيخ أحمد عبد الرحمن البنا٢٧/٣

(٢١) نصب الراية لأحاديث الهداية ١٣٩/٤ الطبعة الأولى للمجلس العلمى •

صلى الله عليه وسلم الاذان فأذنت ثم أعطانى حين قضيت التـأذين صرة فيها شيء من فضة(٢٢) .

ويجاب عن ذلك :

بأن ما أعطاه سيدنا عمر رضى الله عنه للمعلمين ما هو الا رزق والرزق غير الأجرة لأن الرزق يكون من بيت المـال أما الأجرة فهى تكون من الأشخاص ويمكن حمل ما أعطاه النبى صلى الله عليه وسلم لأبى محذورة على انه هدية لانه لو كان أجرا لحدده قبل أداء الاذان .

ويرد على هـذا :

بأن الكل يؤخذ عوضا عن قربة يقدمها الانسان لغيره فلا وجه للتفريق بينهما هنا .

وأما المعقول : فمنه :

١ ـ أن المنفعة فى التعليم غير مقدور على تسليمها فلا تصـح الاجارة عليها . وبيان ذلك أن المعلم لا يقدر على التعليم الا بمعنى من قبل المتعلم وهو قابليته للتعلم والمعلم لا يقدر على تسليم المعنى الذى من جانب المتعلم .

وقد نوقش هذا :

بأنه ان أريد أن المعلم لا يستقل فى التعليم بشيء أصـلا فهذا ممنوع لأن المعلم يقوم بالتلقين والالقاء وهذا مقدور على تسليمه لأنه فعل المعلم وان أريد أن للمتعلم أيضـا مدخلا فى ظهور أثر التعـليم وفائدته فان المتعلم ما لم يأخذ ما ألقاه المعلـم ولم يفهم ما لقنـه لم يظهر للتعليم أثر فهذا مسلم ولكن الذى يلتزمه المعلم انمـا هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل غيره ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه .

---

(٢٢) الفتح الربانى للشيخ عبد الرحمن البنا ٢٧/٣ .

٢ ــ أن تعليم القرآن الكريم والعلوم الدينية قربة وهى متى حصلت وقعت عن فاعلها فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره عليها قياسا على الصلاة والصيام عن الحى •

وقد نوقش هذا :

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح وذلك لأن الصلاة والصيام عن الحى لا تصح فيهما النيابة فلا يجوز الإستئجار عليهما لأنه يتوقف أصل حصولهما على النية فتكون متوقفة على صاحبها بخلاف تعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الشرعية •

٣ ــ أن الاخلاص شرط فى العبادة وأخذ الأجر ينافى الاخلاص •

وقد نوقش هذا :

بأنه غير مسلم لأن الاخلاص أمر باطنى لا تتعلق به الأحكام الشرعية وهو من باب الحكمة وشأن الشرع أن يضيف الاحكام الى العلل لكونها منضبطة بخلاف الحكمة •

الرأى المختار :

وبعد فانني أرى أنه يجوز أخذ الاجرة على القيام بفروض الكفاية لما ذكر من أدلة يضاف الى ذلك أن الأخذ بهذا الرأى فيه مصلحة لأن الناس قد تهاونوا وانشغلوا عن الأمور الدينية واعرضوا عن تقديم ذلك النوع من التعليم حسبة لله عز وجل ولانشغالهم بالسعى على معايشهم فلو لم يعطوا أجرا لظلوا على اعراضهم فيقل تعليم القرآن الكريم والعلوم الدينية واقامة فروض الكفاية الأخرى وبذلك يشيع الجهل بالدين بين الناس ويأثمون بترك فروض الكفاية وفى ذلك بلاء وشر مستطير يلحق هذه الأمة •

والله أعلم

الخـــاتمة

اللهم ارزقنا حسنها

فى أهم النتائج التى توصلت اليها من خلال هذا البحث وهى :

١ ـــ وصول ثواب الدعاء والصدقة الى الموتى •

٢ ـــ ان أوصى الميت قبل موته بشىء من القرب فقـــام الورثة بتنفيذها وصل ذلك اليه •

٣ ـــ وصول ثواب النوافل وقراءة القرآن وجميع القرب التى يهدى ثوابها الى الموتى •

٤ ـــ ان مقدم هذه القربات لا يحرم من الثواب بل ثوابه عظيم

٥ ـــ يجوز البكاء على الميت قبل دفنه وبعده بشرط ألا يصحب البكاء نوحا أو جزعا ولا يعذب الميت بذلك ولكن يعذب أن أوصى بذلك أو صحب البكاء نوحا وجزعا ولطما للخدود وما الى ذلك من أفعـــال الجاهلية •

٦ ـــ زيارة القبور مستحبة للرجال والنساء على حد سواء مادامت خالية من الأفعال المنهى عنها شرعا ومستجمعة لآداب الزيارة •

٧ ـــ أن الموتى يسمعون كلام الاحياء وهم يتكلمون فى قبورهم وينعمون ويعذبون •

٨ ـــ ان الاجارة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع •

٩ ـــ ان العبادات والقربات المـــالية المحضـــة من الزكاة وذبح الأضحية والهدى وما الى ذلك من أنواع القـــربات المالية يصـــح الاستئجار عليها •

١٠ ـ لا يجوز للحى أن يستأجر من يؤدى عنه الصلاة أو الصيام

١١ ـ لا يجوز الاستئجار للصلاة عن الميت سواء كانت الصلاة التى فاتته فرضا أو نفلا •

١٢ ـ انه يجوز الاستئجار للصيام عن الميت ان كان الصيام صيام نذر ولا يجوز ان كان الصيام صيام فريضة •

١٣ ـ ان الشخص الصحيح القادر على السفر الى الحج ليس له أن يستأجر غيره فى الحج الواجب المفروض عليه •

١٤ ـ ان الاستئجار على الحج بالنسبة للعاجز عنه والميت جائز سواء أوصى بذلك أو لم يوص •

١٥ ـ يجوز الاستئجار على القرب التى لا تتعلق بعين المكلف كالامامة والاذان وتعليم القرآن الكريم وسائر العلوم الدينية وما الى ذلك من فروض الكفاية التى لا يتوقف أصل حصولها على نية •

والله أعلم

مراجع البحث

مراجع اللغـة :

١ ـ القاموس المحيط للفيروزأبادى ٠

٢ ـ لسان العرب لابن منظور ٠

مراجع القرآن والتفسير :

١ ـ القرآن الكريم ٠

٢ ـ تفسير الفخر الرازى طبعة دار الفكر بيروت ٠

٣ ـ الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى طبعة دار الشعب ٠

٤ ـ روح المعانى للامام الألوسى طبعة المطبعة المنيرية بالقاهرة ٠

مراجع الحديث :

١ ـ الترغيب والترهيب للحافظ المنذرى طبعة مطبعة السعادة ٠

٢ ـ تلخيص الحبـير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير طبعة المدينـة المنورة ٠

٣ ـ سنن ابن ماجه طبعة دار احياء الكتب العربية ٠

٤ ـ سنن البيهقى طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ٠

٥ ـ سنن أبى داود طبعة مصطفى الحلبى ٠

٦ ـ سنن الترمذى ط مصطفى الحلبى ٠

٧ ـ سنن النسائى ط المطبعة العلمية بيروت ٠

٨ ـ صحيح البخارى طبعة دار الشعب ٠

٩ ـ صحيح مسلم ط عيسى الحلبى ٠

١٠ ـ زاد المعاد فى هدى خير العباد تحقيق شعيب الارنوط ط مؤسسه الرسـالة ٠

١١ ـ شرح معانى الآثار للطحاوى ط دار المعرفة بيروت ٠

١٢ ـ نصب الراية لأحاديث الهـداية للزيلعى الطبعـة الأولى للمجلس العلمى ٠

١٣ ـ نيل الأوطار للشوكانى طبعة مصطفى البابى الحلبى ٠

مراجع الفقه وأصوله :

الفقه الحنفى :

١ ـ الاختيار لتعليل المختار للموصلى طبعة مصطفى الحلبى .

٢ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق طبعة دار الكتب المصرية .

٣ ـ بدائع الصنائع للكاسانى طبعة الامام ، العاصمة .

٤ ـ رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين طبعة دار احياء التراث العربى .

٥ ـ فتح القدير للكمال بن الهمام طبعة الحلبى .

٦ ـ مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر طبعة سنة ١٣٢٧هـ .

٧ ـ مراقى الفلاح شرح نور الايضاح للشرنبلالى طبعة الحلبى .

٨ ـ العناية شرح الهداية للعينى ط دار الفكر .

مراجع المالكية :

١ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد طبعة الحلبى .

٢ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك طبعة المطبعة العامرة .

٣ ـ جواهر الاكليل لصالح الأزهرى طبعة الحلبى .

٤ ـ حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير للامام الدردير طبعة الحلبى .

٥ ـ مواهب الجليل للحطاب طبعة مكتبة النجاح بليبيا .

مراجع الشافعية :

١ ـ المجموع شرح المهذب للإمام النووى طبعة العاصمة .

٢ ـ الفتاوى لابن حجر ط الحلبى .

٣ ـ قليوب وعميرة شرح المنهاج للمحلى طبعة الحلبى .

٤ ـ مغنى المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربينى طبعة الحلبى .

٥ ـ المهذب للشيرازى طبعة الحلبى .

٦ ـ نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى طبعة الحلبى .

مراجع الحنابلة :

١ ـ كشاف القناع للبهوتى طبعة مكتبة النصر الحديثة .

٢ ـ المبدع شرح المقنع لابن مفلح المؤرخ الحنبلى طبعة المكتب الاسلامى .

٣ ـ المغنى لابن قدامة المقدسى طبعة ـ القاهرة ـ ومكتبة ابن تيمية .

٤ ـ مجموع فتاوى ابن تيمية طبعة مكتبة ابن تيمية ٠

مراجع الظاهرية :

١ ـ المحلى لابن حزم الظاهرى طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر٠

مراجع الامامية :

١ ـ اللمعة الدمشقية طبعة منشورات جامعة النجف الدينية ٠

٢ ـ تحرير الأحكام طبعة القاهرة ٠

مراجع الزيدية :

١ ـ شرح الأزهار طبعة حجازى بالقاهرة ٠

الأصول :

١ ـ الموافقات للامام الشاطبى طبعة دار المعرفة بيروت ٠

مراجع أخرى :

١ ـ التذكرة فى أحوال الموتى وأمور الآخرة للقرطبى طبعة مكتبة التوفيقية ٠

٢ ـ حقيقة التوسل والوسيلة للشيخ موسى محمد على ط دار التراث العربى ٠

٣ ـ الرد المحكم المتين على كتاب القول المبين لأبى الفضل عبد الله الغمارى طبعة مكتبة القاهرة ٠

٤ ـ الروح لابن القيم طبعة مكتبة المدنى ٠

٥ ـ فتاوى ابن الصلاح ٠

٦ ـ الغرة المنيفة فى تحقيق الامام أبى حنيفة ط مؤسسة الكتب الثقافية ٠

٧ ـ الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية لمحمد العربى القروى ط دار القلم ٠

٨ ـ اختلاف الحديث للامام الشافعى ط دار الكتب العلمية ٠

إحياء الأراضي الموات غير المملوكة للأفراد
في الفقه الاسلامي

الدكتور سعد محمد حسن أبو عبدة
مدرس بقسم الفقه العام بالكلية

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، ولا عدوان الا على الظالمين ، وأصلى وأسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد

فان الاسلام حث على طلب الرزق وتنمية الأموال ، ورغب فيها ، بل وأمر بها في محكم كتابه ، وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ، فقال عز وجل : « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور »(١) ويقول سبحانه وتعالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون »(٢) وقال جل شأنه : « يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا »(٣) وقد روى عن أبى هريرة — رضى الله عنه — أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله طيب لا يقبل الا طيبا ، وان الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين ، فقال : « يا أيها

---

(١) الآية رقم ١٥ من سورة الملك .
(٢) الآية رقم ١٠ من سورة الجمعة .
(٣) من الآية رقم ١٦٨ من سورة البقرة .

الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صــالحا انى بما تعملون عليم »(٤) وقال : « يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبــات ما رزقناكم »(٥) ... الحديث(٦) .

وعن أنس بن مالك عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « طلب الحلال واجب على كل مسلم »(٧) وعن جابر ــ رضى الله عنه ــ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما من مسلم يغرس غرسا الا كان ما أكل منه له صدقة ، وما سرق منه صدقة ، وما أكل السبع منه فهو له صدقة ، وما أكلت الطير فهو له صدقة ، ولا يرزؤه أحد الا كان له صدقة »(٨) ولهذا حث الشارع الحكيم على اســتصلاح الأراضى واعدادها للزرع أو الغرس أو البناء أو غير ذلك ، لأن الأرض مصدر كل خير ومنبع كل نفع ، ولهذا حث النبى صلى الله عليه وسلم على احياء الأراضى الموات وعمارتها والاستفادة بخيراتها ، فقال عليه الصــلاة والسلام : « من أحيا أرضا ميتة فهى له فيها أجر وما أكلت العافية(٩) منها فهو له منها صدقة »(١٠) .

وهذا يدل على مدى اهتمام المشرع الحكيم بهذا الجزء من الثروة.

---

(٤) الآية ٥١ من سورة المؤمنون .

(٥) من الآية رقم ١٧٢ .

(٦) ســنن التــرمذى (باب ومن سورة البقرة) ٥/٢٢٠ طبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٧) الجامع الصغير للســيوطى ٧٥/٢ ، الطبعة الخـامسة ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٨) صحيح مسلم ٦٧٨/١ مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

(٩) العوافى جمع عافية ، وهى كل مايعتاف الأرض المحياة ويأكل خيرها من انسان أو حيوان أو طير أو سبع .

(١٠) سنن الدارمى (باب من أحيا أرضا ميتة فهى له) ٢٦٧/٢ نشر دار احياء السنة النبوية .

وضرورة العمل على أن يظل حيا دائما متجدد الحياة ، لأن الموت غير محبب طبعا وعادة ، وما هو غير محبب يجب الابتعاد عنه ، لأن حياتها حياة للانسان ولبقية الكائنات التى تعيش على ما تخرجه الأرض • لهذا عنى الفقه الاسلامى عناية فائقة باستغلال الأراضى ظاهرها وباطنها •

المبحث الأول

تعريف الأرض الموات

أولا : تعريف الأرض الموات فى اللغة :

جاء فى لسان العرب : « الموات : الأرض التى لم تزرع ولم تعمر ولا جرى عليها ملك أحد »(١) • وجاء فى المصباح المنير : « الموات الأرض التى لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد »(٢) •

ثانيا : تعريف الأرض الموات عند الفقهاء :

وقد ذكر الفقهاء للأرض الموات تعريفات كثيرة بعضها يجعل العطلة عن الانتفاع بالأرض حدا للموات بصرف النظر عن كون الأرض قريبة من العامر أو بعيدة عنه ، فهؤلاء ينظرون الى الأرض الموات باعتبار ماهيتها وحقيقتها ، فكل ما كان من الأرض معطلا لا حياة ولا استعداد فيه فعلا على الانتاج فهو موات والا فهو عامر •

والبعض الآخر جعل موقع الأرض فى الأصل هو المعيار فى اطلاق اسم الموات عليها ولذلك فقد تكون بعض المواقع مواتا فى حقيقتها ولكنها

---

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (موت) ٤٢٩٦/٦ طبعة دار المعارف •

(٢) المصباح المنير ٥٨٤/٢ المكتبة العلمية بيروت ـ لبنان •

لا تعتبر كذلك عند الفقهاء • ومن ثم فيمكن تقسيم هذه التعاريف الى قسمين :

١ ــ تعريفات القسم الأول :

(أ) تعريف الأرض الموات عند الأحناف :

عرف فقهاء الأحناف الأرض الموات بأكثر من تعريف نذكر منها :

١ ــ « الموات ما لا ينتفع به من الأراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة »(٣) •

٢ ــ كما عرفها صاحب كنز الدقائق بقوله : « هى أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة عن العامر »(٤) •

(ب) تعريف الأرض الموات عند المالكية :

كما عرف فقهاء المالكية الأرض الموات بتعريفات كثيرة نذكر منها :

١ ــ عرفها الشيخ الصاوى بقوله : « الموات هو الأرض التى لا مالك لها ولا ينتفع بها »(٥) •

---

(٣) البناية فى شرح الهداية ٤١٧/٩ ، ٤١٨ ، دار الفكر •

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣٤/٦ ، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

(٥) بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ١٨٢/٣ ، دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) •

٢ ـ وعرفها الحطاب بقوله : « الموات : الأرض التى ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها »(٦) ٠

(جـ) تعريف الأرض الموات عند الشافعية :

جاء فى الاقناع : « الموات الأرض التى لا ملك لها ولا ينتفع بها أحد ، وقيل : هو الذى لم يكن عامرا ولا حريما لعامر قرب من العامر أو بعـــد »(٧) ٠

(د) تعريف ارض الموات عند الحنابلة :

وقد عرفها فقهاء الحنابلة بتعريفات نذكر منها :

١ ـ عرفها الأزهرى : « بأنها الأرض التى ليس لها مالك ، ولا بها ماء ، ولا عمارة ، ولا ينتفع بها »(٨) ٠

٢ ـ وعرفهـــا صـــاحب الـــكافى بقوله : « الأرض الداثرة التى لا يعرف لها مالك »(٩) ٠

(هـ) تعريف الأرض الموات عند الامامية :

عرف فقهاء الامامية الأرض الموات بأكثر من تعريف نذكر منها :

---

(٦) مواهب لشرح مختصر خليل ٦/٢ ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م ، دار الفكر ٠

(٧) الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ٧٨/٢ ، دار احيـــاء الكتب العربية (عيسى الحلبى) ٠

(٨) المبدع فى شرح المقنع ٢٤٨/٥ ، المكتب الاسلامى ٠

(٩) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٣٤٥/٢ ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ، المكتب الاسلامى ٠

١ ــ « هى التى لا يملكها أحد ، ولم يتعلق بها حق لأحد،ولاينتفع بها أحد ، لعدم وصول المــاء اليها ، أو لغلبة وفيضانه عليها أو لسوء تربتها ، أو لمــا فيها من العوائق كالأحجار والصخور والأشواك وما الى ذلك مما يحول دون الانتفاع بها »(١٠) •

٢ ــ وقيــل : « الموات : هو القدر الذى لا ينتفع به لعطلته ، اما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه(١١) أو غير ذلك من موانع الانتفاع »(١٢) •

٢ ــ تعريفات القسم الثانى :

أما أبرز التعريفات التى تمثل القســم الثــانى فهى التعريفات المنسوبة الى فقهاء الحنفية بشكل خاص ، يقول صاحب البدائع عند تفسيره لأرض الموات : « فالأرض الموات هى أرض خارج البلد لمتكن ملكا لأحد ، ولا حقا له خاصا ، فلا يكون داخل البلد موات أصلا »(١٣) ويقول السرخسى : « وأصح ما قيل فى حد الموات أن يقف الرجل فى طرف العمران فينادى بأعلى صوته فان أى موضع ينتهى صوته يكون من فناء العمران ، لأن سكان ذلك الموضــع يحتــاجون الى ذلك لرعى

---

(١٠) فقه الامام جعفر الصادق ٤٦/٥ ، دار مكتبة الهـلال بيروت ــ لبنـــان •

(١١) الاستيجام : أن يكون كثير القصب ، أو ما اليه مما يمنع من الانتفاع بالأرض ، انظر فقه الامام جعفر الصادق ٤٦/٥ •

(١٢) شرائع الاســـلام فى الفقه الاســـلامى الجعفرى ١٦٨/٢ ، منشورات دار مكتبة الحياة بيروت ــ لبنان ١٩٧٨م •

(١٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٣٨٥١/٨ ، الناشر زكريا على يوسف ، مطبعة القاهرة بمصر •

المواشى وما أشبه ذلك »(١٤) . وروى عن أبى يوسف ـ رحمه الله ـ عند وصفه لأرض الموات قوله : « أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنادى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر »(١٥) ويقول الطحاوى : « وما قرب من العامر فليس بموات »(١٦) وجاء فى المادة ١٢٧٠ من مجلة الأحكام العدلية : « هى الأرض التى ليست ملكا لأحد ولا هى مرعى ولا محتطبا لقصبته أو لقرية بعيدة عن أقصى العمران ... بمعنى ان جهير الصوت لا يسمع من أقصى الدور التى فى طرف تلك القصبة أو القرية »(١٧) .

ولو أننا دققنا النظر جيدا فيما ذكره الفقهاء فى تعريف أرض الموات لوجدنا أن ما ذكره الفقهاء فى تعريف أرض الموات فى القسم الأول يجعل أرض الموات قاصرا على العطلة عن الانتفاع ، ومع ذلك نرى كثيرا من المواضع معطلة فعلا عن الانتفاع ومع ذلك لا تعتبر فى اعداد الأرض الموات ، كالأراضى المحمية غير المستعملة وبعض الأراضى المعدنية ونظائرها .

أما تعريف الفقهاء لأرض الموات فى القسم الثانى فانهم يقصرون أرض الموات على الأراضى التى تكون بعيدة عن العمران ، بالاضافة الى أنها ليست ملكا لأحد ، وهذه كلها شروط .

ويمكن أن نستخرج مما ذكره الفقهاء من تعريفات لأرض الموات تعريفا متضمنا لما ذكره الفقهاء فى تعريف أرض الموات ، فأقول وبالله

---

(١٤) المبسوط ١٦٦/٢٣ ، الطبعة الثالثة ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ـ لبنان .

(١٥) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٣٨٥١/٨ .

(١٦) البناية فى شرح الهداية ٤١٨/٩ .

(١٧) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢٧٠ .

التوفيق : « الموات : هو الأرض المعطلة عن الانتفــاع والمتجردة عن الحقوق والاختصاصات ، مع عدم استعدادها فعلا للانتاج والاثمار »

المبحث الثانى

تعريف احياء أرض الموات

أولا : تعريف الاحياء فى اللغة :

المراد بالاحياء فى اللغة جعل الشىء حيا ، أى ذا قوة حساســة أو نامية بعد أن كان متجردا منها ، وينطبق هذا المعنى على الأرض حيث يتم نقل الأرض الموات من هذه الحالة الى حالة الخصب والنمــاء ، وهذا من قبيل المجاز لأن حقيقة الحياة هى نقيض الموت(١) .

جاء فى لسان العرب : « الحى من كل شىء نقيض الموات ، والجمع أحياء ، وأرض حية مخصبة ، وأحيينا الأرض وجدناها حية النبـات غضــة »(٢) .

---

(١) يقول الشيخ البيجورى : المراد باحيــاء الموات عمارة الأرض الميتة ، فشبهوا عمارة الأرض الميتة بالاحيــاء الذى هو ادخال الروح فى الجسد بجامع النفع فى كل ، واستعاروا الاحيــاء من المشبه به للمشبه على طريق الاستعارة التصريحية الأصلية ، أو شبهوا الأرض الميتة بالميت بجامع عدم النفع فى كــل وحذفوا لفظ المشبه به ورمــزوا اليه بشىء من لوازمه وهو الاحياء على طريق الاستعارة بالكناية وذكر الاحيــاء تخييل وهو قرينة المكنية : انظــر حاشــية البيجورى ٣٧/٢ ، ٣٨ ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الكبرى ببولاق بمصر ١٣٠٧هـ .

(٢) لسان العرب مادة (حيا) ١٠٧٦/٢ ، وانظر أساس البلاغة للزمخشرى ص١٥٠ أساس البلاغة دار صادر بيروت ١٣٨٥هـ ـ ١٩٦٥م مختار الصحاح المطبعة الاميرية بالقــاهرة بمصر ١٣٣٨هـ ـ ١٨٢٠م ، تاج العروس الطبعة الأولى ١٣٠٦هـ المطبعة الخيرية بمصر ، القــاموس المحيط ، مؤسســة الحلبى للنشر والتــوزيــع بمصر ، ومختــار الصحاح ص ١٦٦ .

وجاء فى تاج العروس : « والحياء من كل شىء ضد الميت ، ومنه قوله تعالى : « وما يستوى الأحياء ولا الأموات ، وأرض حية مخصبة وأحيينا الأرض ، وجدناها خصبة غضة النبات »(٣) .

ثانيا : تعريف الاحياء فى الاصطلاح :

أما الاحياء فى اصطلاح الفقهاء فهو عبارة عن عملية مرحلية يراد بها بعث النشاط والحياة فى الأراضى المجدبة الميتة واعدادها للقيام بمهمتها الأصلية وهى الانتاج ، فالاحياء اذن تهيئة الأرض واعدادها لعملية الانتاج .

يقول الطحطاوى فى حاشيته : « المراد بالاحياء جعل الأرض صالحة لانماء الزرع بعد أن لم تكن كذلك ، لأن احياء كل شىء بما يليق به »(٤) .

وعرفه ابن عرفة بقوله : « الاحياء لقب لتعمير داثر الأرض بما يقتضى عدم انصراف المعمر انتفاعه بها »(٥) . ويقول الشيخ البيجورى . « المراد باحياء الموات عمارة الأرض الميتة »(٦) ويقول الشوكانى : « الاحياء أن يعمد شخص الى أرض لم يتقدم ملك عليها لأحد فيحييها بالسقى أو الزرع أو الغرس أو البناء »(٧) .

---

(٣) تاج العروس فصل الحاء باب الواو والياء ١٠٥/١٠ ، وانظر القاموس المحيط فصل الحاء باب الواو والياء ٣٢١/٤ ، ٣٢٢ ومجمل اللغة ٢٥٨/١ مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع .

(٤) حاشية الطحطاوى على الدر المختار ٢١٤/٤ ، طبعة بولاق بمصر ١٢٨٢ هـ .

(٥) حاشية البنانى بهامش شرح الزرقانى على مختصر خليل ٦٤/٧ دار الفكر بيروت ـ لبنان ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م .

(٦) حاشية البيجورى ٣٧/٢ .

(٧) نيل الأوطار ٣٠٣/٥ ، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ ، المطبعة العثمانية المصرية .

المبحث الثالث

حكم احياء الأرض الموات

احياء الأرض الموات جائز(١) . والدليل على جوازه ما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكله العوافى منها فهو له صدقه(٢) ، يقول الشيخ سليمان البيجرمى تعقيبا على هذا الحديث « فهو له صدقة أى يثاب عليه كثواب الصدقة وان كان فى مقابلة عملهم ولا يتوقف ذلك على نية ، بل يثاب على ذلك ولو لم ينو وكان ذلك لغرض نفسه ، لأن الاحياء سنة ، وما كان واجبا أو سنة لا يتوقف حصول الثواب فيه على

---

(١) جاء فى مجمع الأنهر : ومشروعيته ــ أى مشروعية احيا الأرض الموات ــ بقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميته فهى له » مجمع الأنهر ٥٥٧/٢ ، دار الطباعة العامرة ١٣١٩هـ .

ويقول الحطاب ضمن حديثه عن احياء الأرض الموات : « وحكمه جائز وهى سبب الملك » مواهب الجليل ٢/٦ ، وجاء فى تكملة المجموع : « يستحب احياء الموات » تكملة المجموع ٤٥٦/١٤ تكملة المجموع ، الناشر زكريا على يوسف ، مطبعة القاهرة بمصر .

ويقول صاحب الكافى : « ويجوز الاحياء من كل من يملك المال » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ .

(٢) مختصر سنن أبى داود ٣٦٥/٤ ، والعوافى طلاب الرزق من الناس والحيوانات والطيور وكل حى يناله نفع من هذا الاصلاح ، نهاية المحتاج ٣٣١/٥ وحاشية الشبراسلى عليه .

وقال أبو عبيد : العافية من السباع والطير والناس وكل شىء يعتافه ، الأموال ص٣٦٢ مختصر سنن أبى داود ، مطبعة السنة المحمدية نهاية المحتاج ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ ــ ١٩٦٧م ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

نية »(٣) • وقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له »(٤) • وقد أجمع الفقهاء(٥) على جواز احياء الأرض الموات •

الفصل الأول

شروط احياء أرض الموات

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

اذن الامام فى احياء أرض الموات

اختلف الفقهاء فى احياء أرض الموات التى ليست ملكا لأحد ، وفى نفس الوقت غير منتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع ، هل يتوقف احياء هذه الأراضى وتعميرها على صدور اذن من الامام أم لا ؟ على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

أن احياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد ، وغير منتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع لا يتوقف احياؤها وتعميرها على صدور اذن من الامام ، بل يجوز لأى فرد احياء هذه الأراضى وتعميرها ولو لم

---

(٣) حاشية البجيرمى ٣/٢٠٩ ، مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٢هـ، سنن الترمذى الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

(٤) سنن الترمذى ٣/٦٥٥ ، ومسند الامام أحمد بن حنبل ٣/٣٣٨ ، ٣٥٦ ، ٣٨١ ، دار الفكر العربى •

(٥) منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمى ٣/٢٠٩ ، والمغنى لابن قدامة ٦/١٤٧ ، دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان •

بإذن الامام سواء كانت هذه الأراضى قريبة من العمران أم بعيدة عنها والى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية(١) ، وبعض فقهاء المالكية(٢) ، ورأى عند الشافعية(٣) ، والحنابلة(٤) ، والظاهرية(٥) ، وبعض فقهاء الزيدية(٦) ، والامامية فى حالة غياب الامام(٧) .

أدلة الرأى الأول :

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على جواز احياء الأرض الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه بدون اذن الامام بما يأتى :

---

(١) يقول السرخسى : « وعند أبى يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ لاحاجة فيه الى اذن الامام ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد أذن فى ذلك وملكها ممن أحياها » المبسوط ١٦٧/٢٣ وانظر بدائع الصنائع ٣٨٣٥/١٠

(٢) « وقال أشهب وكثير من أصحابنا وغيرهم يحيها من شاء بغير اذنه قاله سحنون » شرح الزرقانى على الموطأ ٢٩/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع واستحب أشهب إذن الامام لئلا يكون فيه ضرر على أحد ، انظر المرجع السابق .

(٣) وجاء فى تكملة المجموع : « ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخبر » تكملة المجموع ٤٥٦/١٤ لكن يستحب اذن الامام خروجا من الخلاف ، انظر مغنى المحتاج ٣٦١/٢ ، مطبعة مصطفى الحلبى ١٣٧٧هـ ـ ١٩٥٨م .

(٤) ويقول صاحب الكافى : « ولا يفتقر الى اذن الامام للخبر » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٥/٢ .

(٥) يقول ابن حزم : « كل أرض لامالك لها ولا يعرف أنها عمرت فى الاسلام فهى لمن سبق اليها وأحياها سواء باذن الامام فعل ذلك أو بغير اذنه ، لا اذن فى ذلك للامام ولا للأمير » انظر المحلى لابن حزم ٢٣٣/٨ دار الآفاق الجديدة بيروت ـ لبنان .

(٦) البحر الزخار ٧١/٤ مؤسسة الرسالة بيروت ـ لبنان .

(٧) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ١٦٧/٢ .

أولا : ما روى عن سعيد بن زيد — رضى الله عنهما — عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق »(٨) .

ثانيا : ما روى عن أم المؤمنين عائشة — رضى الله عنها — أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق »(٩) .

ثالثا : ما روى عن جابر بن عبد الله — رضى الله عنه — أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضا ميتة له فيها أجر وما أكلت العافية منها فهو له منها صدقة »(١٠) .

رابعا : ما روى عن فضالة بن عبيد قال : قال رسول الله صلى الله

---

(٨) سنن أبى داود (باب فى احياء الموات) ١٧٤/٢ ، وسنن الترمذى (باب ماذكر فى احياء أرض الموات) ٦٥٣/٣ ، سنن أبى داود الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ، الموطأ ، دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) والموطأ (باب القضاء فى عمارات الموات) ٧٤٣/٢ ، والعرق الظالم : أن يغرس الرجل فى أرض غيره فيستحقها بذلك . وقال مالك : والعرق الظالم كل ما أخذ أو احتفر أو غرس بغير حق . سنن أبى داود ١٧٥/٢ ، والموطأ ٧٤٣/٢ وقيل العرق الظالم : الغاصب الذى يأخذ ماليس له . سنن الترمذى ٦٥٤/٣ . وقال القاضى عياض : أصل العرق الظالم فى الغرس يغرسه فى الأرض غير ربها ليستوجبها به ، شرح الزرقانى على الموطأ ٢٩/٤ .

(٩) صحيح البخارى (باب من أحيا أرضا مواتا) ١٤٠/٣ ، دار الشعب ، قال عروة : قضى به عمر فى خلافته . انظر المرجع السابق .

(١٠) سنن الدارمى (باب من أحيا أرضا ميتة فهى له) ٢٦٧/٢ ، نشر دار احياء السنة النبوية .

عليه وسلم : « الأرض لله والعباد عباد لله من أحيا أرضا مواتا فهى له »(١١) •

خامسا : ما روى عن عروة قال : « أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله ، ومن أحيا مواتا فهو أحق به ، جاءنا بهذا عن النبى صلى الله عليه وسلم الذين جاءوا بالصلوات عنه »(١٢) •

وجه الاستدلال :

أن هذه الأحاديث جاءت مطلقة لم تقيد احياء الأرض الموات باذن الامام أو عدم اذنه ، والمطلق يجرى على اطلاقه ، وبناء على هذا فان احياء الأرض الموات واستصلاحها يجوز لأى شخص القيام به مادامت هذه الأراضى ليست ملكا لأحد ولا ينتفع بها بأى وجه من الوجوه سواء أذن الامام فى ذلك أم لا ، ويكفى اذن النبى صلى الله عليه وسلم •

يقول صاحب روضة الطالبين بعد ذكر هذه الأحاديث : « ويكفى فيه اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الأحاديث المشهورة »(١٣) •

سادسا : القياس :

واستدل صاحب هذا الرأى بالاضافة الى الأحاديث السابقة

---

(١١) نصب الراية ٤/٢٩٠ الطبعة الأولى ١٣٥٧ • المطبعة العثمانية المصرية •

(١٢) سنن أبى داود (باب فى احياء الموات) ٢/١٧٥ • الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م مطبعة مصطفى الحلبى •

(١٣) روضة الطالبين ٥/٢٧٨ طبع ونشر المكتب الاسلامى ومغنى المحتاج ٢/٣٦١ •

بالقياس على الماء والصيد والكلأ وغير ذلك من أنواع المباحات،وقالوا أن الأراضى الموات مباحة للجميع فمن قام باحيائها وتعميرها بغير اذن الإمام فهم أحق بها من غيره قياسا على الصيد والكلأ والماء والاحتطاب حيث تكون هذه الأشياء حقا لمن يستولى عليها دون حاجة الى اذن الامام ، وهذا شأن المباح فمن سبق اليه فهو أحق به سواء أذن الامام فى ذلك أم لم يأذن(١٤) .

وقد استدل ابن حزم بالاضافة الى الأدلة المتقدمة بما روى عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال : كان عمر بن الخطاب يخطب على هذا المنبر يقول : يا أيها الناس من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وجاء أيضا عن على ، فهذا بحضرة الصحابة علانية لا ينكره أحد منهم(١٥) .

مناقشة أدلة الرأى الأول :

هذا وقد اعترض بعض فقهاء الحنفية على الأحاديث التى استدل بها أصحاب هذا الرأى والقائلين بعدم توقف احياء الأراضى الموات على اذن الامام بما يأتى :

---

(١٤) يقول صاحب البدائع : « ولأنه مباح استولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلأ » بدائع الصنائع٣٨٥٢/٨

ويقول صاحب مغنى المحتاج : « ولأنه مباح كالاحتطاب والاصطياد لكن يستحب استئذانه خروجا من الخلاف » مغنى المحتاج ٣٦١/٢ .

ويقول صاحب الكافى : « ولأنه تملك مباح فلم يفتقر الى اذن كالصيد » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٥/٢ .

ويقول صاحب سبل السلام بعد أن ذكر حديث عائشة ـ رضى الله عنها : ودليل الجمهور هذا الحديث والقياس على ماء البحر والنهر وما صيد من طير وحيوان ، وأنهم إتفقوا على أنه لايشترط فيه إذن الإمام . سبل السلام ٨٢/٣ ، الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠م مطبعة مصطفى الحلبى .

(١٥) المحلى لابن حزم ٢٣٦/٨ .

أولا : أن هذه الأحاديث انما كانت اذنا من الرسول صلى الله عليه وسلم لأناس معينين وليست تشريعا عاما ، ومن حق الامام أن يأذن لأناس باحياء الأراضى الموات وتملكها ولا يأذن لغيرهم ، ومن حقه أيضا عدم الأذن فى احيائها لأحد اذا رأى المصلحة فى عدم احيائها ، ومثل هذا قوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا فله سلبه »(١٦) فهذا كان اذنا منه صلى الله عليه وسلم خاصا ببعض المقاتلين وليس تشريعا عاما ، بل لتحريض بعض المقاتلين على القتال ، حتى لو قتل الغازى فى زماننا لايكون السلب له الا أن يأذن له الامام فكذلك هنا(١٧) فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » من هذا القبيل(١٨) .

ثانيا : أن هذه الأحاديث انما هى لبيان السبب فى تملك هذا النوع من الأراضى بمعنى أن قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له» وغيره من الأحاديث التى استدل بها الرأى الأول يدل على أن سبب تملك الأراضى الميتة هو احيائها وتعميرها بعد اذن الامام ، فاذن الامام شرط فى التمليك ، والاحياء سبب فيه ، وليس فى ألفاظ هذه الأحاديث ما ينفى هذا الشرط(١٩) . بل أن قوله صلى الله عليه وسلم : « وليس لعرق ظالم حق » ما يدل على اشتراط اذن الامام

---

(١٦) فتح البارى بشرح صحيح البخارى (باب من لم يخمس الأسلاب) ٢٤٧/٦ طبعة دار المعرفة ـ بيروت .

(١٧) البناية فى شرح الهداية ٤٢٥/٩ ، وشرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ ، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ـ ١٩٧٠م طبع مصطفى الحلبى .

(١٨) شرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ .

(١٩) المرجع السابق .

فى احياء أرض الموات وتملكها ، لأن السبق على رأى الامام والأخذ بطريق التغليب فى معنى عرق ظالم فينبغى أن يشترط(٢٠) .

الرأى الثانى :

أن احياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه لا يجوز احيائها وتعميرها الا باذن من الامام ، فمن أحيا أرضا مواتا فهى له اذا أجازه الامام ، ومن أحياها بغير اذن الامام فليس له ، وللامام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما يراه من الاجارة والاقطاع وغير ذلك . والى هذا ذهب الامام أبو حنيفة(٢١) — رضى الله عنه — كما ذهب الى ذلك أيضا مكحول وابن المسيب وابن سرين والنخعى(٢٢) .

أدلة الرأى الثانى :

استدل الامام أبو حنيفة على رأيه بالأدلة الآتية :

أولا : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه »(٢٣) .

فهذا الحديث يدل على أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ شيئا دون أن

---

(٢٠) البناية فى شرح الهداية ٤٢٤/٩ ، والمبسوط ١٦٧/٢٣ .

(٢١) يقول صاحب البدائع : « فالملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند ابى حنيفة » بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ ، والمبسوط ١٦٧/٢٣ .

(٢٢) عمدة القارىء للعينى ١٧٦/١٢ طبعة دار الطباعة المنيره .

(٢٣) كنوز الحقائق فى حديث الخلائق ٨٠/٢ مطبوع بأسفل الجامع الصغير ، الطبعة الخامسة مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

تطيب نفس الامام ، وهو لا يكون الا باذنه ، فاذا لم يأذن الامام فلم تطب نفسه به فلا يكون له(٢٤) • وينطبق هذا على احياء أرض الموات، فلا تطيب نفس الامام باحياءالأرض الا باذنه ، فاذا أذن الامام لشخص باحياء أرض وتعميرها فقد طابت نفس الامام ويتملك الشخص حينئذ ما قام باحيائه •

وهذا الحديث وان كان عاما يشمل الأراضى الموات وغيرها الا أنه خاص باحياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها • جاء فى شرح العناية ما نصه « أقول : لقائل أن يقول أن اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الأملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه ، اذ لا شك أن كل واحد يستبد فى التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسـباب الملك من غير توقف على اذن الامام ، وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ها هنـا • فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام ، وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه، قلت : كون التمليك فيما نحن فيه مما يحتاج الى رأى الامام(٢٥) •

مناقشة هذا الدليل :

وقد اعترض ابن حزم على هذا الحـديث فقال : فأما من ذهب مذهب أبى حنيفة فاحتجوا بخبر من طريق عمرو بن واقد عن موسى ابن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبى أمية قال : نزلنا دابق(٢٦) وعلينا أبو عبيدة بن الجراح فقتل حبيب بن مسـلمة قتيلا من الروم ، فأراد

---

(٢٤) بدائع الصنائع ٣٨٥٢/٨ •
(٢٥) شرح العناية على الهداية ٧٠/١٠ •
(٢٦) دابق : قرية قرب حلب •

عبيدة أن يخمس سلبه ، فقال له حبيب : ان الرسول صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل ، فقال له معاذ بن جبل : مه يا حبيب انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انما للمرء ما طابت به نفس امامه » وقالوا : لما كان الموات ليس أحد أولى به من أحد أشبه ما فى بيت المال ، ما نعلم له شبهة غير هذا • قال على : أما الأثر فموضوع لأنه من طريق عمرو بن واقد وهو متروك باتفاق من أهل العلم بالآثار، ثم هو حجة عليهم لأنهم أول من خالفه فأباحوا الصيد لمن أخذه بغير اذن الإمام ، فان ادعوا اجماعا كذبوا لأن فى التابعين من منع من الصيد فى دار الحرب وجعله من المغنم ، ولا يعارض بمثل هذا الأثر الكاذب حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسلب للقاتل وبالأرض لمن أحياها ، ثم يستطرد قائلا : ثم لو صح هذا الخبر الموضوع لكان حجة لنا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد قضى بالموات لمن أحياها ، وهو عليه السلام الامام الذى لا امامة لمن لم يأتم به »(٢٧) •

ثانيا : ما روى عن طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عادى الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعدى فمن أحيا شيئا من موات الأرض فله رقبتها »(٢٨) •

يقول السرخسى تعقيبا على هذا الحديث : « فما كان مضافا الى الله تعالى والرسول صلى الله عليه وسلم فالتدبير فيه الى الامام فلا يستبد أحد به بغير اذن الامام كخمس الغنيمة ، فرسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث أشار الى أن هذه الأراضى كانت فى يد المشركين ثم صارت فى يد المسلمين بايجاف الخيل فكان ذلك لهم من الله

---

(٢٧) المحلى لابن حزم ٢٣٣/٨ ، ٢٣٤ •

تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وما كان بهذه الصفة لم يختص أحد بشيء منه دون اذن الامام كالغنائم »(٢٩) .

ثالثا : قال عليه الصلاة والسلام : « لا حكم الا لله ورسوله »(٣٠)، فدل حكم الأراضى للامام(٣١) .

رابعا : ولأن الموات غنيمة فلابد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم ، والدليل عليه أن (غنيمة) اسم لما أصيب من أهل الحرب بايجاف الخيل والركاب والموات كذلك ، لأن الأرض كلها كانت تحت أيدى أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهرا ، فكانت كلها غنائم ، فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لأنها لم تكن فى أيد أهل الحرب ، فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها(٣٢) .

الرأى الثالث :

يرى المالكية التفريق بين الأراضى الموات البعيدة عن العمران وبين الأراضى الموات القريبة من العمران ، فاذا كانت الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بعيدة من العمران جاز لأى انسان أن يقوم باحيائها وتعميرها دون توقف على اذن الامام ، أما اذا كانت الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها قريبة من العمران

---

(٣٢) بدائع الصنائع ٣٨٥٢/٨ ، وتبيين الحقائق ٣٥/٦ .

فانه لا يجوز لأى انسان القيام باحيائها وتملكها الا باذن الامام ، فان قام شخص باحياء الأراضى القريبة من العمران بدون اذن الامام كان الامام بالخيار بين امضائه أو اعتبـاره متعـديا فيعطيه قيمة ما بنى أو غرس أو زرع ويثبته للمسـلمين ، أو يعطيه لغيره من المسـلمين ، ولا غرم عليه فيما مضى من الانتفاع وذلك لأنه أصل مباح(٣٣) .

وحد القريب ما تلحقه المـاشية بالرعى فى غدوها ورواحها وهو مسرح ومحتطب ، وأما ما كان على اليوم وما قاربه وما لا تدركه المواشى فى غدوها ورواحها فهو من البعيد(٣٤) .

يقول الباجى : فالموات على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب ، فأما ما بعد من العمران فقد قال مالك يحييه بغير اذن الامام ، وأما التى تقرب من العمران فلا يحييهـا أحد الا باذن الامام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب » .

ثم يستطرد فيقول : اذا قلنا أنه لا يحيى الا باذن الامام فأحيا رجل أرضا قريبة من العمران بغير اذن الامام فقـد قال مالك وابن المـاجشون ومطرف ليس له ذلك فان فعل نظر الامام فان رأى ابقاءه له فعل ، وان رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل »(٣٥)

---

(٣٣) الشرح الصغير بأسـفل بلغة السالك ١٨٧/٣ ، ١٨٨ ، شرح الخرشى ٧٠/٧ دار صادر بيروت ـ لبنان .

(٣٤) المنتقى شرح موطأ الامام مالك ٢٩/٦ ، الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ مطبعة السعادة بمصر ، دار الكتاب العربى بيروت ـ لبنـــان ، وحاشـية الشيخ على العدوى بهامش شرح الخرشى ٧٠/٧ .

(٣٥) المنتقى شرح موطأ الامام مالك ٢٧/٦ ، ٢٨ .

أدلة المالكية :

هذا وقد استدل فقهاء المالكية على رأيهم بما يأتى :

أولا : استدل الباجى على جواز احياء الأرض البعيدة بغير اذن الامام بقول : والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وهذا عام فيحمل على عمومه(٣٦) • ويقصد بذلك سواء اذن الامام فى الاحياء والتعمير أم لم يأذن •

ثم يقول الباجى : « ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحيى فلم يحتج فى احيائها الى اذن الامام كما لو ملكها المحيى »(٣٧) •

ثانيا : ما روى عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر ابن الخطاب قال : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا ، يقول الزرقانى فى شرح هذا الأثر : « فهى له بمجرد الاحياء ولا يحتاج لاذن الامام فى البعيدة عن العمارة اتفاقا ، قال مالك معنى الحديث فى فيافى الأرض وما بعد من العمران ، فان قرب فلا يجوز احياؤه الا باذن الامام(٣٨) •

ثالثا : أما اذا كانت الأراضى الموات قريبة من العمران فلا يجوز احيائها وتعميرها الا باذن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم » • فهذا الحديث يبين أن الذى يقوم باحياء الأراضى الموات القريبة من العمران والتى ليست

---

(٣٦) المرجع السابق ٢٧/٦ •

(٣٧) المنتقى شرح الموطأ ٢٨/٦ •

(٣٨) شرح الزرقانى على الموطأ ٢٩/٤ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع •

ملكا لأحد قد يظلم غيره ، ويستضر الناس من احيائه لهذه الأراضي بسبب تضييقه عليهم ، ومن ثم يتوقف احيائها على اذن الامام(٣٩) ٠

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فانني أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أبو حنيفة ومن وافقه في أنه لابد من اذن الامام في احياء الأراضي الموات التي ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها بأي وجه من الوجوه ، لأن في اذن الامام تحقيق مصالح الناس ويدفع الكثير من الضرر عنهم ، لأن عدم الاذن يؤدى الى التشاحن والتنازع بين الناس وذلك حين يختلف شخصان على موضع واحد(٤٠) ٠ هذا بالاضافة الى

---

(٣٩) المنتقى شرح الموطأ ٢٧/٦ ، ٢٨ ٠

(٤٠) قيل لأبي يوسف ماينبغي لأبي حنيفة أن يكون قد قال هذا الا من شيء لأن الحديث قد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيا أرضا مواتا فهي له » فبين لنا ذلك الشيء ، فانا نرجوا ان تكون قد سمعت منه في هذا شيئا يحتج به ، قال أبو يوسف : حجته في ذلك أن يقول : الاحياء لايكون الا باذن الامام ٠ أرأيت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختار موضعا واحدا وكل واحد منهما منع صاحبه أيهما أحق به ؟ أرأيت ان أراد رجل أن يحيي أرضا ميتة بفناء رجل وهو مقر أن لاحق له فيها فقال : لاتحيها فانها فنائي وذلك يضرني ، فانما جعل أبو حنيفة اذن الامام في ذلك هاهنا فصلا بين الناس ، فاذا أذن الامام في ذلك لانسان كان له أن يحييها وكان ذلك الاذن جائزا مستقيما، واذا منع الامام أحدا كان ذلك المنع جائزا ، ولم يكن بين الناس التشاح في الموضع الواحد ولا الضرار فيه مع اذن الامام ومنعه ٠

انظر الخراج لأبي يوسف ص٦٤ ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ٠

أن اشتراط اذن الامام يؤدى الى تمكين الدولة من التخطيط المسبق للاحياء فى أى الأماكن ، ولمن يكون ، وبأى شىء يكون ، مراعية فى ذلك حاجتها ، وحاجة المواطنين وطبيعة الأرض ومرافقها وغير ذلك ، فالدولة مسئولة عن ذلك . ومن ثم كان لابد من صدور اذن من الامام لاحياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها .

المبحث الثانى

تجرد الموات من الحقوق المتعلقة به

لا يكفى فى احياء الأرض الموات وتعميرها أن تكون بالفعل أرضا مجدبة معطلة عن الانتفاع وانما لابد لها بالاضافة الى ذلك أن تكون مجردة عن سائر الحقوق العامة والخاصة المقررة عليها ، لأن الأرض الموات قد تكون مثقلة ببعض الحقوق العامة كالحمى ونحو ذلك ، كما قد تكون أيضا مثقلة ببعض الحقوق الخاصة .

ومن أهم ما ذكره الفقهاء من هذه الحقوق وأكدوا على ضرورة تجرد الأرض الموات المراد احيائها منه هى ثلاثة حقوق :

١ ـ حق التحجير . ٢ ـ حق الاقطاع . ٣ ـ حق الحمى .

ومن ثم فسيكون حديثنا ـ ان شاء الله تعالى ـ عن هذه الحقوق فى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

حق التحجير

لقد احترم الفقه الاسلامى ارادة الساعين الى احياء الأرض الموات وتعميرها ، وحافظ على تحقيق رغبتهم فى اصلاح هذه الأراضى ،

ومن ثم فقد اعتد الفقه الاسلامى بكل وسيلة من الوسائل الدالة على هـذه الرغبـة ، وأطلق عليها الفقهاء التحجير . فمـا هو التحجـير ، وما المقصود منه ، وما هى الحقوق المترتبة عليه ، وما الحكم لو قام شخص باحياء الأرض المحجرة لغيره ؟ هذه بعض نقاط تتعلق بالتحجير أردت التحدث فيها دون التعرض لباقى الأحكام التى تتعلق بالتحجير حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث . فأقول وبالله التوفيق .

أولا : تعريف التحجير :

١ ـ تعريف التحجير فى اللغة : جاء فى المصباح المنير : «احتجرت الأرض جعلت عليها منارا وأعلمت علما فى حـدودها لحيازتها »(١) . ويقول ابن الأثير : « يقال . حجرت الأرض واحتجرتها اذا ضربت عليها منارا تمنعهـا به عن غيرك »(٢) . ويقول صـاحب تاج العـروس : « احتجرت الأرض وحجرها ضرب عليها منـارا وأعلم علما فى حدودها للحيازة يمنعها به عن الغير »(٣) .

مما سبق يتضح أن المراد بالتحجير فى اللغة وضع العلامات أو ضرب الأعلام على حدود قطعـة الأرض المراد حيازتهـا ، وذلك منعا من التجاوزات التى قد تأتى من قبل الغير .

٢ ـ تعريف التحجير في الاصطلاح :

بالنظر الى تعاريف الفقهاء للتحجير نجد أنهم اختلفوا فى تعريفه على ثلاثة آراء فمنهم من اقتصر فى تعريف التحجير على ما ورد فى

---

(١) المصباح المنير ١٢٢/١ .
(٢) لسان العرب مادة (حجر) ٧٨٤/٢ .
(٣) تاج العروس فصـل الحاء من باب الراء ١٣٧/٣ ، الطبعة الأولى ١٣٠٦هـ المطبعة الخيرية بمصر .

اللغة من أنه عبارة عن علامة أو امارة على ارادة الاحياء لمنع الغير من التعرض لقطعة الأرض المراد احيائها • وذلك بوضع أحجار أو أشواك أو نحو ذلك على الأرض المراد احيائها وتعميرها ، ومن هؤلاء الفقهاء الحنفية(٤) والزيدية(٥) ، ومنهم من ذهب فى تعريف التحجير الى أنه شروع فى عملية الاحياء ، وذلك بنقل الأراضى الموات من حالتها المجدبة الى حالة الخصب وصلاحيتها للانتاج مثل حفر بئر أو مد مجرى ونحو ذلك • ومن هؤلاء الفقهاء الحنابلة(٦) وبعض فقهاء الامامية(٧) ، أما فقهاء الشافعية(٨) فان التحجير عندهم فانه يشتمل على وضع العلامات على الأراضى المراد احيائها مع الشروع فى العمل معا •

---

(٤) جاء فى الاختيار : « التحجير : أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش أو احراق الشوك ونحوه فانه تحجير » • الاختيار لتعليل المختار ٣٣٨/٢ طبع الجهاز المركزى للكتب •

(٥) ويقول الشوكانى : « والتحجير بضرب الأعلام فى الجوانب » السيل الجرار المتدفق ٢٢٨/٣ السيل الجرار المتدفق : الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان •

(٦) وجاء فى المبدع : « تحجر الموات : الشروع فى احيائه من غير أن يتمه مثل أن يحيط حول الأرض ترابا أو بجدار صغير أو بحفر بئر المبدع فى شرح المقنع ٢٥٧/٥ •

(٧) يقول الامام جعفر الصادق فى وصفه للتحجير : « كما لو وضع علامات تدل على سبقه من تسوير الأرض ،، أو جمع التراب أو حفر قناة وما الى ذلك » فقه الامام جعفر الصادق ٤٨/٥ •

(٨) جاء فى روضة الطالبين : « الشارع فى احياء الموات متحجر مالم يتمه ، وكذا اذا أعلم عليه علامة للعمارة من نصب أحجار ، أو غرز خشبات أو قصبات ، أو جمع تراب ، أو خط خطوط » روضة الطالبين ٢٨٦/٥ •

والواقع أن التحجير لا يدل بمفهومه فى الاصطلاح على أكثر من الامارة والدلالة على ارادة الاحياء ٠

ثانيا : المقصود من التحجير :

يقصد بالتحجير للأرض الموات منع الغير من الاقدام على احيائها فترة من الزمن والتحجير بهذا المقصود يكون مشتقا من الحجر بسكون الجيم وهو المنع من الشيء ، أو يقصد به اعلام الغير بقصد استصلاح وتعمير رقعة من الأرض غير المنتفع بها،وذلك عن طريق وضع الأحجار فى جوانبها ، أو خط الخطوط حولها ، أو احاطتها بالأسلاك ونحو ذلك ، والتحجير بهذا المقصود يكون مشتقا من الحجر بفتح الجيم(٩) ٠

ثالثا : الحقوق المكتسبة بالتحجير :

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية(١٠) على أن من يحجر مساحة من الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وفى نفس الوقت غير منتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع يكون أحق باحيائها وتعميرها ، ويمتنع على الآخرين استصلاحها وتعميرها ، طالما لم يبطل حق المتحجر فى تحجيرها بأى سبب من الأسباب المبطلة للتحجير كاعراض المحجر

---

(٩) مجمع الأنهر ٢/٥٥٨ ، ٥٥٩ ، وروضة الطالبين ٥/٢٨٦ . وحاشية العنقرى على الروض المربع ٣/٤٢٧ ، والبحر الزخار ٥/٧٤ ، والروضة البهية ٧/١٣٤ ، مطبعة الآداب فى النجف الأشراف ، الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م ٠

(١٠) بدائع الصنائع ٨/٣٨٥٣ ، روضة الطالبين ٥/٢٨٦ ، الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٩ ، والبحر الزخار ٥/٧٤ ، وشرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ٢/١٦٩ ٠

عما حجـره أو تركه ، أو تطول مدة تحجـيره للأرض دون أن يبدأ فى استصلاح الأراضى الموات وتعميرها •

واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »(١١) • وقوله عليه الصـلاة والسلام : « منى مناخ من سبق »(١٢) فان نقله الى غيره صار الثانى أحق به ، لأن صاحب الحق آثره به ، فان مات انتقل الى وارثه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته » •

ولأنه حق للمورث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه(١٣) •

من هذا يتضح أن التحجير للأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بها يفيد أحقية المحجر لها بالتعمير والاستصلاح،فيكون أولى الناس باحياء الأرض المحجرة من غيره على شريطـة ألا يهمل تعميرها أكثر من المـألوف •

واذا كان الفقهاء على اختـلاف مذاهبهم قد اتفقوا على ثبوت الأحقية أو الأولوية بالتحجير فى الأرض الموات للمحجر فانهم اختلفوا، هل التحجير تثبت به ملكية الأرض المحجرة للمحجر أم لا ؟ على رأيين:

الرأى الأول :

أن التحجير لا يترتب عليه ملكية المحجر للأراضى التى حجرها ، بل تثبت هذه الملكية باحياء هذه الأراضى بالفعل ، والى هذا ذهب بعض

---

(١١) الجـامع الصغير للسيوطى ١٧٩/٢ ، الطبعة الخـامسة ، مطبعة مصطفى الحلبى ، سنن أبى داود ١٧٤/٢ •

(١٢) الجامع الصغير للسيوطى ١٩٠/٢ •

(١٣) كشاف القناع ١٩٣/٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢هـ ــ ١٩٨٢م وتكملة المجموع ٤٧٢/١٤ ، ٤٧٣ •

فقهاء الحنفية(١٤) ، والمالكية(١٥) ، وبعض فقهاء الشافعية(١٦) ، ورواية عند الحنابلة(١٧) ، والزيدية(١٨) ، والامامية(١٩) لأن التحجير ليس الا تمهيدا وشروعا فى الاحياء وليس احيـاء بالفعل ، والأراضى الموات لا تملك الا بالاحياء لعموم النصوص الواردة فى ذلك والتى منها: « من أحيا أرضا ميتة فهى له » .

---

(١٤) يقول الكاسانى : « ولو حجر الأرض الموات لا يملكها بالاجماع ، لأن الموات يملك بالاحياء ، لأنه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجز غيره عن الاستيلاء عليها ، وشيء من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره » بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨

(١٥) ويقول : الباجى : « وليس التحجير باحياء قاله ابن القاسم فى المجموعة وغيرها ، ووجه ذلك أن التحجير ليس فيه احيـاء للأرض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والا فهي باقية علي صفتها قبل التحجير » المنتقى شرح الموطأ ٣٠/٦ .

(١٦) وجاء فى تكملة المجموع : « التحجير احاطة الأرض بالحجارة أو بحائط صغير ، وهو شروع فى احياء الموات وليس احياء تاما ، ولذلك فانه لايملكه بذلك ، لأن الملك لايكون الا بالاحياء وليس هذا احياء ولكن يصير أحق الناس به » تكملة المجموع ٤٧٢/١٤ ، ٤٧٣ .

(١٧) ويقـول ابن قدامة : « وان تحجر مواتا وهو أن يشرع فى احيائه مثل أن أدار حول الأرض ترابا أو أحجارا أو أحاطها بحائط صغير لم يملكها بذلك ، لأن الملك بالاحياء وليس هذا احيـاء لكن يصير أحق الناس به » المغنى ١٥٣/٦ .

(١٨) ويقول الشوكانى : « والتحجير بضرب الأعلام يثبت به الحق لا الملك » السيل الجرار المتدفق ٢٢٨/٣ .

(١٩) جاء فى شرائع الاسلام : « فان التحجير يفيد الأولوية لا ملكا للرقبة » شرائع الاسلام في الفقه الاسلامى الجعفري ١٦٩/٢ .

الرأى الثانى :

أن التحجير للأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد ولا ينتفع بها بأى وجه من وجوه الانتفاع يترتب عليه ملكية المحجر لها • وهذه الملكية تكون مؤقتة بثلاث سنين ، فان قام المحجر باحياء الأرض التى حجرها خلال هذه المدة المحددة تأيدت ملكيته للأرض والا سقطت ملكيته المؤقتة • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٢٠) ، وبعض الشافعية(٢١) ، والرواية الثانية عند الحنابلة(٢٢) ، وان كانوا لم يصرحوا بالمدة كما ذكر فقهاء الحنفية؛لأنهم يرون سقوط حق المحجر على الأرض التى حجرها اذا لم يعمرها خلال فترة من الزمن ، وهذا يدل على توقيت هذه الملكية كما قال بعض فقهاء الحنفية •

وقد استدل أصحاب هذا الرأى بما روى عن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب ــ رضى الله عنه ــ ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»(٢٣) والحق اذا أطلق يراد به الملك لا مجرد الحق من غير ملك(٢٤) •

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أرى أن الرأى الراجح هو الرأى الأول القائل بأن التحجير لا يثبت به ملكية المحجر

---

(٢٠) قال الاترازى : ثم الاحتجار هل يفيد الملك أم لا فيه اختلاف المشايخ ، قيل يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين • البناية فى شرح الهداية ٤٣٠/٩ •

(٢١) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ؛

(٢٢) حاشية العنقرى على الروض المربع ٤٢٧/٣ •

(٢٣) الخراج لأبى يوسف ص ٦٥ ، شرح العناية على الهداية ٧٢/١٠ ؛

(٢٤) البناية فى شرح الهداية ٤٣٠/٩ ؛

للأرض التى حجـرها ، وذلك لأن ملك الأرض الموات لا يكون الا باحيائها وتعميرها بالفعل ، وذلك عن طريق عمل فيها يحولها من أرض مجدبة الى أرض خصـبة ، أما التحجـير فما هو الا دليل على ارادة الاحياء ، اذ ليس فيه سوى تحديد الأرض المراد احيائها بعلامات تمنع الغير من الاستيلاء عليها •

وما استدل به الفريق الثانى من قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا يدل دلالة قاطعة على تمليك الأرض المحجرة للمحجر ، اذ يحتمل أن يكون المراد بالحق فى قوله ــ رضى الله عنه ــ حق الأولوية فى الاستصلاح والتعمير للأراضى المحجرة وهو احتمال قائم •

من هذا نخلص أن التحجير لا يعتبر احياء للأراضي الموات ، وانما هو وسيلة من الوسائل الدالة على الاحياء •

رابعا : احياء الغير للأرض المحجرة :

بقيت نقطة أخيرة فى هذا المبحث وهى اذا قام شخص باحياء أرض محجرة لغيره هل يملك ذلك الشـخص الأراضى الموات المحجرة التى أحياها أم تظل باقية للشخص الأول الذى حجرها على اعتبار أنه سبق الى تحجيرها ؟

للاجابة على هذا السؤال نقول : انتهينا فى النقطة السابقة الى القول أن التحجير يترتب عليه أحقيـة المحجر للأراضى التى حجرها ، وهذا بدوره يعطيه الحق فى احيائها وتعميرها ومنع الغير من الاستيلاء عليها واستصلاحها ، فاذا قام شخص آخر باحياء هذه الأرض المحجرة قبل انقضاء مدة التحجير فان الفقهـاء اتفقوا على أنه لا يجوز للغير

ديانة(٢٥) أن يتعــدى على حق المحجر باحيــاء وتعمير الأرض التى حجــرها •

لكنهم اختلفوا فى تملك المحيى للأراضى الموات التى حجرها غيره قبل مضى مدة التحجير على رأيين :

الرأى الأول :

اذا قام شخص باحياء الأرض الموات التى حجرها غيره قبل انتهاء مدة التحجير فانه يملك هذه الأراضى التى أحياها • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٢٦) والمالكية(٢٧) ، وبعض فقهاء الشافعية(٢٨) ، ورواية عند الحنابلة(٢٩) ، وبعض فقهاء الزيدية(٣٠) وبعض فقهــاء

---

(٢٥) تبيين الحقائق ٣٥/٦ ، وحاشية الطحطاوى ٢١٥/٤ •

(٢٦) جاء فى مجمع الأنهر : « فأما اذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة كلها لتحقق الاحياء منه دون الأول » مجمع الأنهر ٥٥٩/٢ •

(٢٧) المدونة للامام مالك ١٩٥/١٥ مطبعة السعادة بالقاهرة بمصر ١٣٢٤هـ •

(٢٨) جاء فى روضة الطالبين : « لو بادر أجنبى قبل أن يبطل حق المتحجر فأحيا ما تحجره ملكه المحيى على الأصح المنصوص لأنه حق سبب الملك وان كان ظالمــا كما لو دخل فى سوم أخيه المشترى » روضة الطالبين ٢٨٧/٥ •

(٢٩) ويقول صاحب الكافى : « والثانى يملكه لأنه أحيــا أرضــا ميتة فيدخل فى عموم الحديث ، ولأن الاحياء يملك به فقدم على التحجير الذى لا يملك به » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ •

(٣٠) البحر الزخار ٧٤/٥ •

الامامية(٣١) • لأن الاحياء هو سبب تملك هذه الأراضى ، أما التحجير فانه لا يعد سببا للتملك ، وانما يفيد أحقية أو أولويته على غـيره فى احيـائها •

هذا بالإضافة الى أن الشخص الذى قام باحياء هـذه الأراضى أحيا أرضا ميتة فكان له الحق فى تملكها عملا بالنصوص الواردة فى ذلك والتى منها : ما روى طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادى الأرض لله ورسوله فمن أحيا أرضا ميتة فهى له »(٣٢) •

الرأى الثانى :

اذا قام شخص باحياء وتعمـير الأراضى الموات التى حجـرها غيره لا يتملكها بهذا الاحيـاء والتعمير • والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٣٣) والرأى الثانى عند الشافعية(٣٤) ، والرواية الثانية عند

---

(٣١) الروضة البهية ١٧٦/٧ •

(٣٢) المبسوط ١٦٨/٢٣ •

(٣٣) شرح العناية على الهداية ٧٢/١٠ •

(٣٤) ذكر الامام النووى ـ رحمه الله ـ فى هذه المسألة أربعة آراء الرأى الأول وقد سـبق ذكره والثانى : لا يملك لئلا يبطل حـق غيره ، والثالث أنه ان انضم الى التحجر اقطـاع السـلطان لم يملك المحيى والا فيملك ، والرابع ان أخذ المتحجر فى العمارة لم يملك المبادر والا فيملك • روضة الطالبين ٢٨٨/٥ •

الحنابلة(٣٥) ، والراجح عند الزيدية(٣٦) ، وبعض الامامية(٣٧) هذا وقد استدل أصحاب هذا الرأى بالأدلة الآتية :

١ — قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة ليست » وقوله : « فى حق غير مسلم فهى له » فان مفهوم هذا يدل على أنها لا تكون للمحيى اذا كان لمسلم فيها حق(٣٨) .

٢ — قوله عليه الصلاة والسلام : « من سبق الى ما لم يسبق فهو أحق به »(٣٩) فان هذا يدل أيضا على أنه لا شىء للمحيى لأنه سبقه غيره فى التحجير للأرض الموات .

٣ — روى سعيد بن منصور فى سننه أن عمر رضى الله عنه قال : «من كانت له أرض — يعنى من تحجر أرضا — فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » وهـذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها(٤٠) .

---

(٣٥) يقول صاحب الكشاف : « وان أحياها غيره أى غير المتحجر فى مدة المهلة أو قبلها لم يملكه » كشاف القناع ٤/١٩٣ .

(٣٦) البحر الزخار ٤/٧٥ .

(٣٧) وجاء فى شرائع الاسلام : « ولو تهجم عليه من يروم الاحياء كان منعه ... ولو قاهره فأحياها لم يملكه » شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام للحلى ٣/٢٧٥ . الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م منشورات دار الأضواء بيروت — لبنان .

(٣٨) تكملة المجموع ١٤/٤٧٣ ، وكشاف القناع ٢/١٩٣ .

(٣٩) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٩ .

(٤٠) تكملة المجموع ١٤/٤٧٣ ، والمغني لابن قدامة ٦/١٥٤ .

٤ ــ ولأن الثانى أحيا فى حق غيره فلم يملكه كما لو أحيا ما تتعلق به مصالح غيره(٤١) •

٥ ــ هذا بالاضافة الى أن حق المتحجر أسبق ، فكان أولى كحق الشفيع يقدم على شراء المشترى(٤٢) •

الرأى الراجح :

والذى يترجح فى نظرى ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بأنه لا يملك المحيى للأراضى الموات التى أحياها فى الأراضى المتحجرة لغيره قبل انتهاء مدة التحجير طالما لم يترك المحجر الأرض التى حجرها ولم يهمل فى احيائها ، لأننا لو أخذنا بالرأى الأول لأدى ذلك الى وقوع التشاحن والنزاع بين الناس ، حيث يبادر كل منهم الى احياء الأراضى المحجرة لغيره ، وهذا يؤدى الى الفوضى والاستيلاء على حقوق الآخرين بغير حق ، كما أنه يؤدى الى احجام الناس عن استثمار أموالهم باحياء هذه الأراضى ، أضف الى ذلك أن هذا يعد من باب الغصب والتعدى على حقوق الآخرين ، وفيه قطع لحق المحجر فى احياء الأراضى التى حجرها وهذا ينافى العدالة التى تقوم على مبدأ لا ضرر ولا ضرار • والله أعلم •

أما اذا قام أحد الأشخاص بتعمير ما حجره غيره بعد اعراض الأول عن الاحياء أو تركه الاحياء صراحة أو دلالة ، أو بعد انتهاء

---

(٤١) المغنى لابن قدامة ٦/١٥٤ •

(٤٢) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٩ ، وكشاف القناع ٢/١٩٣ •

المدة المحددة دون أن يقوم باحيائها وتعميرها فان الفقهاء(٤٣) اتفقوا على أن المحيى يتملك ما أحياه •

واستدل على ذلك بالأدلة الآتية :

١ ــ ما روى أن عمر بن الخطاب ــ رضى الله عنــه ــ قال على المنبر : « من أحيا أرضا ميتــة فهى له وليس لمحتجر حق بعــد ثلاث سنين » وذلك أن رجالا كان يتحجرون من الأرض ما لا يعلمون»(٤٤)•

٢ ــ ما روى عن عمرو بن شــعيب أن عمر ــ رضى الله عنه ــ جعل التحجير ثلاث سنين فان تركها حتى تمضى ثلاث سنين فأحياها غيره فهو أحق بها(٤٥) •

٣ ــ أن فى احياء الأراضى الموات وتعميرها فيها منفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج ، فاذا لم يقم المحجر باصــلاحها وتعميرها لم يحصل المقصود(٤٦) •

٤ ــ ولأن المتحجر ضيق على الناس فى حق مشــترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف فى طريق ضــيق أو مشرعة ماء أو معــدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع(٤٧) •

---

(٤٣) تبيين الحقــائق ٣٥/٦ ، والمنتقى ٣٠/٦ ، وتكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والكافي أحمد بن حنبل ٤٣٦/٢ ، وشرائع الاسلام في الفقه الاسلامى الجعفري ١٦٩/٢ •

(٤٤) الخرج لأبي يوسف ص ٦٥ •

(٤٥) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٩١ • دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع •

(٤٦) مجمع الأنهر ٥٥٨/٢ •

(٤٧) تكملة المجموع ٤٧٣/١٤ ، والمغني لابن قدامة ١٥٤/٦ •

المطلب الثانى

حق الاقطاع

تعريف الاقطاع فى اللغة :

الاقطاع معناه فى اللغة جعل الشىء عقارا كان أو منقولا قطيعة أى محبوسا على مصلحة شخص معين ، أو أشخاص معينين •

يقال : أقطع الامام الجند البلد اقطاعا يعنى جعل لهم غلتها رزقا، ويقال : أقطعه قطعا فانقطع ، وانقطع الغيث احتبس ، وانقطع النهر جف أو حبس ، واستقطعته سألته الاقاع ، واسـم ذلك الشىء الذى يقطع قطيعة(٤٨) •

تعريف الاقطاع فى الاصطلاح :

عرفه ابن عرفة بقوله : « تمليك الامام جزأ من الأرض الحبس»(٤٩) وهذا التعريف قاصرا على اقطاع الأرض الموات لمن يقوم باحيائهـا وتعميرها فيكون أولى بها من غيره وعرفه القاضى عياط بقوله : «تسويغ الامام من مال الله شيئا لمن يراه أهلا لذلك » قال : وأكثر ما يستعمل فى الأرض ، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، اما بأن يملكه اياه فيعمره ، واما أن يجعل له غلته مدة »(٥٠) ، وعرفه صاحب حلية الفقهاء

---

(٤٨) المصباح المنير ٥٠٨/٢ ، ٥٠٩ مادة (قطع) •

(٤٩) شرح الخرشى ٦٩/٧ •وقد اعترض الشيخ العدوى على ماأورده الخرشى عن ابن عـرفة حيث قال : لم يوجد فى تعريف ابن عرفة لفظـة (حبس) فالمناسب اسقاطها لأن الحبس لا يجوز تمليك شىء منه ، وأفاد بعض شيوخنا أن المعنى من الأرض الحبس أى مواتها • حاشية العدوى بهامش شرح الخرشى ٦٩/٧ •

(٥٠) سبل السلام ٨٦/٣ •

بتعريف لا يختلف فى مضمونه عن تعريف القاضى عيــاض وان اختلف معه فى الصياغة حيث قال : وأما الاقطاع فان يقطع له ناحية من الأرض أو شيئا من الأشياء فيجعله له »(٥١) •

من هذه التعاريف يتضح لنا أن الاقطاع معناه تخصيص الدولة قطعة من الأرض أو نحوها من الموارد الطبيعية لمن يراه الامام أهــلا لذلك من جند الاسلام أو غيرهم ، والاقطاع كما يكون فى الأراضى يكون فى غيرها من أنواع المال ، سواء أكان عقارا أم كان منقولا ، وان كان استعماله فى العقار أكثر من غيره •

أنواع الاقطاع :

وقد قسم الفقهاء الاقطاع الى ثلاثة أقسام :

١ ــ اقطاع تمليك • ٢ ــ اقطاع استغلال • ٣ ــ اقطاع ارفاق

وســوف نتحدث ــ ان شاء الله تعالى ــ عن القسم الأول فقط أما القسم الثانى والثالث فلا دخل لهما فى بحثنا •

اقطاع التمليك :

اذا كانت الشريعة الاسلامية قد فتحت الباب أمام المســتثمرين والمعمرين للأرض طواعية ، فقــد جعلت للامام الحق فى أن يصطفى بعض من يراهم أهلا لذلك فيقطعهم بعض الأراضى الموات غير المنتفع بها والتابعة للدولة لبعض الأشخاص لاستغلالها واستثمارها والانتفاع بها ، وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاســلامية باقطاع التمليك •

---

(٥١) حلية الفقهاء ص ١٥٢ • الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م •

وسوف نتحدث فى هذا النوع من الاقطاع فى بعض النقاط الآتية حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث .

أولا : المقصود باقطاع التمليك :

يقصد باقطاع التمليك اعطاء الامام أو من ينوب عنه مساحة من الأراضى الموات لمن تتوفر فيه القدرة من الأشخاص على استثمارها واستغلالها فيملكها بهذا الاعطاء أو الاعمار ملكية تامة .

ثانيا : حكم اقطاع التمليك :

يجوز للامام اقطاع أرضا مواتا لمن يراه أهلا لهذا الاقطاع وذلك لاستغلالها واستصلاحها . وقد استدل الفقهاء على جواز ذلك باقطاع النبى صلى الله عليه وسلم لبعض الصحابة رضي الله عنهم — بعض الأراضى ، وباقطاع الخلفاء من بعده لبعض الأشخاص . وسوف أذكر بعض الآثار الواردة فى ذلك .

١ — ما روى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حضر فرسه(٥٢) فاجرى فرسه حتى قام ثم رمى بسوطه فقال : « أعطوه من حيث بلغ السوط »(٥٣) .

٢ — عن علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله صلى الله وسلم أقطعه أرضا ، قال : فارسل معى معاوية قال أعطها اياه(٥٤) .

---

(٥٢) (حضر فرسه) أى قدر ارتفاع الفرس فى عدوه . تكملة المجموع ١٤/٤٨٠ .

(٥٣) سنن أبى داود (باب فى اقطاع الأرضين) ٢/١٧٤ .

(٥٤) سنن الدارمى (باب فى القطائع) ٢/٢٦٨ ، وفى رواية : « أقطعه أرضا بحضرموت » سنن أبى داود (باب فى اقطاع الأرضين) ٢/١٧٠ ، وسنن الترمذى (باب ما جاء فى القطائع) ٣/٦٥٦ .

٣ ـــ ما روى أبو عبيد عن طاووس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عادى الأرض لله ولرســوله ثم هى لكم ، قال : قلت وما يعنى قال تقطعونها الناس »(٥٥) •

٤ ـــ عن أسماء بنت أبى بكر فى حديث ذكرته قالت : «كنت أفعل النوى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو منى على ثلثى فرسخ »(٥٦) •

٥ ـــ جاء بلال بن الحارث المزنى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستقطعه أرضا فأقطعها له طويلة عريضة •••• »(٥٧) •

قال الشوكانى ـــ رحمه الله ـــ بعد أن ســـاق هذه الأحاديث : « وأحاديث الباب فيها دليل على أنه يجوز للنبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة اقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض بذلك اذا كان فيه مصلحة »(٥٨) •

ويقول صاحب تكملة المجموع أيضا بعد أن ذكر بعض هذه الأحاديث « والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة اقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها واحيائها واستنباط منافعها »(٥٩) •

وكما أقطع النبى صلى الله عليه وسلم بعض اراضى الموات لبعض

---

(٥٥) الأموال لأبى عبيد ص ٣٤٧ ، والأم للشافعى ٣/٢٦٨ ، طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١هـ الدار المصرية للتأليف والترجمة •

(٥٦) نيل الأوطار ٥/٣١١ •

(٥٧) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ٩٣ •

(٥٨) نيل الأوطار ٥/٣١٢ •

(٥٩) تكملة المجموع ١٤/٤٨١ •

الصحابة كذلك فعل الخلفاء الراشدين ــ رضى الله عنهم ــ من بعده فقد أقطعوا بعض الناس بعض الأراضى ٠

جاء فى كتاب الخراج ليحى ابن آدم قال : حدثنا هاشم بن عروة عن أبيه أن أبا بكر ــ رضى الله عنه ــ أقطــع الزبير ما بين الجرف الى قنــاة ٠

وقال : حدثنا الحسن قال : سمعت عبد الله بن الحســن يقول : أن عليا ــ رضى الله عنه ــ سأل عمر بن الخطاب ــ رضى الله عنه ــ فاقطعه ينبع ٠ ــ

وقال : حدثنا قيس بن الربيع عن ابراهيم بن مهاجر عن موسى ابن طلحة قال : أقطع عمر ــ رضى الله عنه ــ خمسة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم : ســعد بن أبى وقاص ، وعبد الله بن مســعود ، وخباب ، واسامة بن زيد ٠

وقال : كان بالبصرة رجل يقال له نافع أبو عبد الله ، وكان أول من افتلى الفلى(٦٠) بالبصرة ، فأتى عمر ــ رضى الله عنــه ــ فقال : ان بالبصرة أرضاً ليست بأرض الخراج ولا تضر بأحد من المسلمين ، قال : فكتب اليه أبو موسى يعلمه بذلك ، ويخبره أنه أول من افتلى الفلا بالبصرة ، فقال : أزرعها لخيلى ، قال : فكتب عمر الى أبى موسى : ان كانت ليست تضر بأحد من المسلمين وليست من أرض الخراج فأقطعها اياه(٦١) ٠

---

(٦٠) الفلى بضم الفاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع الفلاَ بفتح الفاء ، والفلا جمع فلاة ، وافتلاؤها رعيها وطلب ما فيها من الكلأ ٠ الخَراج ليحيى بن آدم ص ٧٨ ٠

(٦١) الخراج ليحيي بن آدم القرشي ص ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ ٠

وجاء فى كتاب الخراج لأبى يوسـف قال : حدثنى الأعمش عن ابراهيم بن المهاجر عن موسى بن طلحة قال : أقطـع عثمان بن عفان لعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فى النهرين ، ولعمـار بن ياسر استينيا ، وأقطع خبابا صنعا ، وأقطع سعد بن مالك قرية هرمزان .

ثم قال أبو يوسف . فقد جاءت هـذه الآثار بأن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما ، وأن الخلفاء من بعده أقطعوا ، ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاح فيما فعل من ذلك ، اذ كان فيه تألف على الاسلام وعمارة الأرض ، وكذلك الخلفـاء انما أقطعوا من رأوا أن له غناء فى الاسلام ، ونكاية للعدو ورأوا أن الأفضل ما فعلوا(٦٢) .

ثالثا : احياء الغير للأرض الموات المقطعة :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للغير ديانة أن يقوم باحياء الأرض المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة التى حددها الفقهاء والتى يظل فيهـا المقطع له الحق من غيره فى احيائها وتعميرها ، لأن هذا يعتبر تعديا على حقوق الآخرين وهذا لا يجوز .

فاذا قام الغير باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضـاء المدة فهل يملك المحيى هذه الأراضى المقطعة أم لا ؟

للاجابة على هذا السؤال نقول : اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

اذا قام شخص باحياء الأراضى الموات المقطعة لشخص آخر قبل

(٦٢) الخراج لأبى يوسف ص ٦٢ .

انقضاء المدة المحددة لاستصلاح الأرض وتعميرها فانه يملك ما أحياه وعمره من الأراضى الموات ، والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٦٣)، ورأى عند الشافعية(٦٤) ، ورواية عند الحنابلة(٦٥) ، والظاهرية(٦٦) وبعض فقهاء الزيدية(٦٧) ؛ وبعض فقهاء الامامية(٦٨) .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له فيها أجر وما أكلت العافية منها فهو له منها صدقة »(٦٩).

كما استدلوا أيضا بالاضافة الى ذلك بأن الاقطاع بقصد الاحياء لا يترتب عليه ملكية المقطع لها ، وانما يترتب عليه أحقيته فى احيائهـا وتعميرها . فاقطاع هذه الأراضى لايخرجها عن وصفها الأصلى وهو كونها ميتة ومباحة للجميع .

الرأى الثانى :

أن الشخص اذا قام باحياء الأرض الموات المقطعـة لغيره قبل انقضاء المحددة للمقطع لا يملكها ذلك الشخص الذى أحياها.والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٧٠) ، والرأى الثانى عند الشـافعية(٧١) ،

---

(٦٣) البناية فى شرح الهداية ٩/٤٣١ .
(٦٤) تكملة المجموع ١٤/٤٨٣ .
(٦٥) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٩ .
(٦٦) المحلى لابن حزم ٩/٩٧ ، ٩٨ .
(٦٧) البحر الزخار ٥/٧٤ .
(٦٨) الروضة البهية ٧/١٧٦ .
(٦٩) سنن الدارمى ٢/٣٦٧ .
(٧٠) بدائع الصنائع ٨/٣٨٥٣ .
(٧١) روضة الطالبين ٥/٢٨٨ .

والرواية الثانية عند الحنابلة(٧٢) ، وبعض فقهاء الزيدية(٧٣) ، وبعض فقهاء الامامية(٧٤) .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق »(٧٥) فهذا الحديث يدل على أن تملك الأراضى بالاحياء لا يكون الا اذا خلا من حق الغير عليها ، ولا شك أن الأرض المقطعة تكون حقـا للمقطـع ، وهو وان كان لا يملكها الا أن له حق الأولوية فى الاحياء والتعمير .

كما استدلوا أيضا بقول النبى صلى الله عليـه وسلم : « ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق »(٧٦) فدل هذا الحديث بمفهومه على أنه اذا قام شخص باحياء الأرض المقطعة لغيره لا يملكها قبل ثلاث سنين .

هذا بالاضافة الى أن حق المقطع له أسبق على الأرض المقطعة من حق المعمر ، لهذا كان حق المقطع له أولى بالتقديم على المعمر لهـا ، وبالتالى لا يملك المعمر هذه الأراضى المقطعة .

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهـاء وأدلتهم فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بأنه اذا قام شخص باحياء الأرض الموات المقطعة لغيره قبل انقضاء المدة المحددة للمقطع لا يملكها

---

(٧٢) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٩/٢ .
(٧٣) البحر الزخار ٧٤/٥ ، ٧٥ .
(٧٤) الروضة البهية ١٧٦/٧ .
(٧٥) صحيح البخارى (باب من أحيا أرضا مواتا) ١٤٠/٣ .
(٧٦) بدائع الصنائع ٣٨٥٣/٨ .

ذلك المحيى ، لأن هذا يؤدى الى التنازع والتشاحن بين الناس ، وطالما لم يظهر اعراض من المقطع له عن الاصلاح والتعمير فبأى وجه يستحق الغير تلك الأرض المقطعة ، هذا بالاضافة لما فى هذا من التعدى على حقوق الآخرين وهذا ينافى العدالة ، كما أن فيه ابطال لقرار الامام الذى أذن للمقطع له والافتيات عليه ، وهذا من شأنه أن يؤدى الى حدوث فوضى فى المجتمع . والله أعلم .

المطلب الثالث

حق الحمى

الحمى يمتد فيما يذكر الباحثون الى العرب أيام الجاهلية ، حيث كان الشخص من ذوى النفوذ اذا انتجع آنذاك أرضا خصبة ونزلها استعوى كلبا ليحمى لنفسه وخاصته مدى ما يصل اليه منها عواء الكلب من سائر الأطراف (٧٧) .

---

(٧٧) يقول الخطاب : « وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان اذا نزل منزلا خصبا استعوب كلبا على مكان عال فحيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه » مواهب الجليل ٦/٤ .

ويقول الامام الشافعى ـ رضى الله عنه ـ : « كان الرجل العزيز من العرب اذا انتجع بلدا مخصبا أوفى بكلب على جبل ان كان به أو نشز ان لم يكن ، ثم استعوى كلبا أوقف له من يسمع منتهى صوته بالعواء ، فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ، ويرعى مع العامة فيما سواه ويمنع هذا مع غيره لضعفى ماشيته وما أراد قربه معها . الأم للشافعى ٢٧٠/٣ ، ومختصر المزنى بهامش الأم ١٠٦/٣ .

ويقول ابن قدامة : « كانت العرب فى الجاهلية تعرف ذلك فكان منهم من اذا انتجع بلدا أوفى بكلب على نشز ثم استعواه ووقف له من كل

=

ولما جاء الاسلام نهى عن هذا النوع من الاستيلاء المجرد الحاصل من قبل الأفراد لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق .

فعن ابن عباس — رضى الله عنهما — أن الصعب بن جثامة أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا حمى الا لله ولرسوله »(٧٨).

وقال صلى الله عليه وسلم : « الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والنار والكلأ »(٧٩) .

=

ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيما سواه » المغنى لابن قدامة ١٦٦/٦ .

وجاء فى سبل السلام : « وكان فى الجاهلية اذا أراد الرئيس أن يمنع الناس من محل يريد اختصاصه استعوى كلبا من مكان عال ، فالى حيث ينتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعاه غيره ويرعى مع غيره » سبل السلام ٨٣/٣ ، ونيل الأوطار ٣٠٨/٥ .

ويقول صاحب تكملة المجموع : « فان الذى فى الجاهلية كان اذا استولى على بلد أوفى بكلب على جبل أو على نشز من الأرض واستعواه ، فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه ، وهكذا كان كليب بن وائل اذا أعجبته روضة ألقى فيها كلبا وحمى الى منتهى عوائه » تكملة المجموع ٤٩٠/١٤ .

(٧٨) مسند الامام أحمد بن حنبل ٣٨/٤ ، وزاد فى صحيح البخارى « وقال : بلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ، وأن عمر حمى السرف والربذة » صحيح البخارى (باب لا حمى الا لله ولرسوله) ١٤٨/٣

(٧٩) سبل السلام ٨٦/٣ ، وفي سنن بن الماجه : « المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار وثمنه حرام » سنن ابن ماجة (باب المسلمون شركاء فى ثلاث) ٨٢٦/٢ ، ومسند الامام أحمد بن حنبل ٣٦٤/٥

تعريف الحمى :

عرفه الحطــاب بقوله : « الحمى الشرعى فهو أن يحمى الامام موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك اما للخيل التى يحمل عليها الناس للغزو أو لمــاشية الصدقة(٨٠) ٠

وعرفه صاحب تكملة المجموع : « الحمى هو المنع من احياء الموات ليتوفر فيه الكلأ فترعاه المواشى »(٨١) ٠

وعرفه ابن قدامة بقوله : « الحمى معناه : أن يحمى أرضــا من الموات يمنع الناس رعى ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم »(٨٢) ٠

وعرفه صاحب سبل السلام بقوله : الحمى معناه أن يمنع الامام الراعى فى أرض مخصوصة لتختص برعيها ابل الصدقة مثلا »(٨٣) ٠

فالمقصود بالحمى : هو أن يحمى الامام من الأراضى الموات كل ما يحقق المصلحة العامة كالحمى من أجل رعى الأغنام المستصلحة من الضرائب ، أو من أجل انشاء مكان لخيل المسلمين وركابهم التى ترصد للجهاد فى سبيل الله أو نحوها من الأغراض ٠

---

(٨٠) مواهب الجليــل للحطــاب ٤/٦ ، وشرح الخرشى ٧/ ٤٠ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ٤/٦٩ ، دار احياء الكتب العربية وشرح الزرقانى على مختصر خليل ٦٧/٧ دار الفكر بيروت ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م ٠

(٨١) تكملة المجموع ٤٨٨/١٤ ٠

(٨٢) المغنى لابن قدامة ١٦٦/٦ ٠

(٨٣) سبل السلام ٨٣/٣ ٠

الأدلة على مشروعية الحمى :

هـــذا وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع (٨٤) لابل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين(٨٥) • وأن أبا بكر رضى الله عنه حمى الربذة لا بل الصدقة واستعمل عليها مولاه اسامة وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبى رضى الله عنه (٨٦) • وحمى عمر رضى الله عنه الشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر بالربذة ، وولى عليه مولى له يقال له هنىء(٨٧) •

هذا وقد ذهب فقهاء المـــالكية(٨٨) ، والشـــافعية(٨٩) ، وبعض

(٨٤) عن ابن عبـــاس ــ رضى الله عنهمـــا ــ عن الصعب بن جثامة الليثى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : لا حمى الا لله ولرسوله » مسند الامام أحمد بن حنبل ٧١/٤ •

(٨٥) روضة الطالبين ٢٩٢/٥ •

(٨٦) تكملة المجموع ٤٨٩/١٤ •

(٨٧) عن مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب استعمل مولى له يدعى هنيئا على الحمى فقال : ياهنى أضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فان دعوة المظلوم مستجابة، وأدخل رب الصريمة ورب الغيمة، واياى ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان يهلك ماشيتها يرجعا الى نخل وزرع ، وان رب الصريمة ورب الغيمة ان تهلك ماشـــيتهما يأتنى ببينـــة فيقول يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا ؟ لا أبالك ، فالمـــاء والكلأ أيسر على من الذهب والورق وأيم الله انهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، انها لبلادهم ومياههم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الاسلام ، والذى نفسى بيده لولا المـــال الذى أحمـــل عليـــه فى سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبر » الموطأ (كتاب دعوة المظلوم) ١٠٠٣/٢ •

(٨٨) مواهب الجليل ٣٠/٦ •

(٨٩) تكملة المجموع ٤٩١/١٤ •

الحنابلة(٩٠) ، والزيدية(٩١) ، والامامية(٩٢) ، الى أن تجرد الأراضى الموات من حق الحمى شرط لازم فى الاحياء •

المبحث الثالث

انتفاء كون الموات حريما العامر

وسيكون حديثنا فى هذا المبحث فى بعض النقاط حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث •

أولا : تعريف الحريم :

١ ـ تعريف الحريم فى اللغة :

جاء فى المصباح المنير : حريم الشىء ما حوله من حقوقه ومرافقه، سمى به لأنه حرم على غيره مالكه أن يستبد بالانتفاع به(١)

٢ ـ تعريف الحريم فى الاصطلاح :

عرف صاحب روضة الطالبين بقوله : « المواضع القريبة التى يحتاج اليها لتمام الانتفاع ، كالطريق ومسيل الماء ونحوهما »(٢) • وعرفه صاحب الاقناع بأنه : « ما يحتاج اليه لتمام الانتفاع بالعامر »(٣) • وعرفه صاحب مفتاح الكرامة بقوله : « الموضع القريب

---

(٩٠) المغنى لابن قدامة ١٦٨/٦ •

(٩١) البحر الزخار ٧٨/٤ •

(٩٢) شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ١٦٩/٢ •

(١) المصباح المنير ١٣٣/١ • طبعة دار المعارف •

(٢) روضة الطالبين ٢٨٢/٥ •

(٣) الاقناع ٧٩/٢ •

من موضع معمور ، يتوقف تمام انتفاع ذلك المعمور عليه ، ولا يلد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا »(٤) .

فالمراد بالحريم ما يمنع منه المحيي والمحتفر لاضراره ، وسمى بالحريم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ولأنه يحرم على غيره التصرف فيه(٥) .

ثانيا : آراء الفقهاء فى احياء حريم الأرض المعمورة :

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى احياء الأراضى التى تعد حريما للأرض المعمورة بأى نوع من أنواع العمران ، هل يجوز للأفراد احيائها وتعميرها وتملكها بالاحياء أم لا ؟ على رأيين :

الرأى الأول :

لا يجوز للأفراد احياء الأراضى التى تعد حريما للأراضى المعمورة وبالتالى لا يجوز تملكها ، سواء أذن الامام فى ذلك الاحياء أم لم يأذن والى هذا ذهب فقهاء الحنفية(٦) ، والشافعية(٧) ، والحنابلة(٨) ،

---

(٤) مفتاح الكرامة ١٣/٧ . مطبعة الشورى بالقاهرة بمصر ١٣٢٦هـ

(٥) تكملة المجموع ١٤/ ٤٧٠ .

(٦)جاء فى تبيين الحقائق : « ولا يجوز احياء ما قرب من العامر لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا ... وعلى هذا قالوا ليس للامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه » تبيين الحقائق ٣٦/٦ .

(٧) وجاء فى حاشية البرماوى : « ولا يملك بالاحياء ما كان حريما لمعمور وهو ما يحتاج لأجله » حاشية البرماوى ص ٢٢٧ . طبعة بولاق بمصر ١٢٩٨هـ .

(٨) ويقول ابن قدامة : « وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرق ومسيل ماء ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز احياؤه بغير خلاف فى المذهب » المغنى لابن قدامة ٥٦١/٦ .

والامامية(٩) .

وقد استدل أصحاب هذا الرأى بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى غير حق مسلم فهى له » مفهوم هذا الحديث أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء ، ولأنه تابع للمملوك(١٠) . هذا بالاضافة اننا لو قلنا بجواز احياء ما قرب من العامر لبطل الملك فى العامر على أهله وسقط الانتفاع به(١١) .

ولأن الشارع قد ورد باحياء الموات وهذا من جملة العامر ، ولأنا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس فى أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز(١٢)

الرأى الثانى :

أن حريم الأرض المعمورة لا يجوز للأفراد احيائها وتعميرها الا باذن الامام ، فان أذن الامام جاز للأفراد احيائها وتملكها ، لأن هذا التمليك لا يترتب عليه ضرر بمصالح الأرض المعمورة ، حيث لا يترتب عليه تعطيل الانتفاع بالمعمور . والى هذا ذهب فقهاء المالكية(١٣) .

---

(٩) ويقول صاحب التذكرة : « ولا نعلم خلافا بين فقهاء الأمصار أن كل ما يتعلق بمصالح العامر لا يصح احياؤه ولا يملك بالاحياء ، وكذا حريم الآبار والأنهار والحائط والعيون ، وكل مملوك لا يجوز احياء ما تعلق بمصالحه » التذكر باب احياء الموات .

(١٠) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ وشرح منتهى الارادات ٤٦٠/٢ . دار الفكر .

(١١) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(١٢) تكملة المجموع ٤٥٧/١٤ .

(١٣) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ٦٩/٤ .

الرأى الراجح :

ونرى أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من عدم جواز احياء الأراضى القريبة من العامر سواء أذن الامام فى ذلك أم لا هو الراجح لما ذكروه من أدلة ، ولما فى الاحياء هذا الحريم من تعطيل الانتفاع بالمعمور حيث يتوقف عليه • والله أعلم •

ثالثا : من يملك حريم المعمور :

اتضح لنا مما تقدم أن حريم المعمور على اختلاف أنواعه لا يجوز لأحد تملكه بالاحياء والتعمير ، لتوقف الانتفاع بالأرض المعمورة التى يتبعها هذا الحريم عليه ، ولأن فى تملكه أبطال الملك فى الأرض المعمورة على المالك لها ، وهذا لا يجوز باتفاق الفقهاء •

لكن هل يعد الحريم ملكا لمالك الأرض المعمورة التى يتبعها الحريم أم أنه يعد حقا من حقوق الملك فقط ؟

للاجابة على هذا السؤال نقول : اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

أن حريم الأرض المعمورة على اختلاف أنواعه يكون ملكا لمالك المعمور ، فلا يجوز للغير أن يتعدى على هذا الحريم بأن يحدث تصرفا من التصرفات التى من شأنها أن تؤدى الى تفويت حق مالك المعمور فى معموره ، أو يترتب عليه الاخلال بهذا الحق •

والى هذا ذهب فقهاء الحنفية(١٤) ، وبعض فقهاء الشافعية(١٥) ، وبعض الحنابلة(١٦) ، وبعض الامامية(١٧) واستدلوا على ذلك أن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار فى البيع فيختص به صاحبها (١٨)

الرأى الثانى :

أن حريم الأرض المعمورة على اختلاف أنواعه لا يكون ملكا لمالك المعمور ، وانما يكون حقـا من حقوق المعمور يرتفق به مالك المعمور ، لتوقف انتفاعه بالمعمور عليه ، وبالتالى فلا يجوز للغير التعدى على هذا الحريم بأى وجه من وجوه الاعتداء . والى هـذا ذهب فقهـاء المـالكية(١٩) ، والرأى الثـانى عند الشـافعية(٢٠) وبعض فقهـاء

---

(١٤) جاء فى تكملة فتح القدير : « فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع منه كى لا يؤدى الى تفويت حقه ولااخلال به ، وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه » تكملة فتح القـدير ٧٦/١٠ الطبعـة الأولى ١٣٨٩هـ – ١٩٧٠م مصطفى الحلبى بمصر .

(١٥) وجاء فى روضة الطالبين : « هل نقول أنه يملك تلك المواضع؟ وجهان ... أصحهما نعم كما يملك عرصة الدار ببناء الدار » روضـة الطالبين ٢٨٢/٥ .

(١٦) وجاء فى الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل : «ومن حفر بئرا فى موات ملك حريمها » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٤٣٨/٢ والمغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(١٧) التذكرة / باب احياء الموات .

(١٨) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .

(١٩) التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ٣/٦ ، وشرح الخرشى ٦٧/٧ .

(٢٠) روضة الطالبين ٢٨١/٥ .

الحنابلة(٢١) ، وبعض الامامية(٢٢) .

وهؤلاء الفقهاء يرون أن مالك المعمور وان كان لا يملك هذا الحريم الا أنه أحق به من غيره ، لأن الاحيـاء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيهـا(٢٣) .

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول القائلين بأن حريم المعمور يكون مملوكا لمالك المعمور ملكية تمكنه من تمام الانتفاع بالمعمور الذى يتبعه هذا الحريم .
فلا يجوز للغير تملك هذا الحريم بالاحياء والتعمير أو احـداث أى تصرف من شأنه أن يعطل الانتفاع بالمعمور الذى يتبعه هذا الحريم

رابعا : تحديد الحريم :

تحديد الحريم أو بيانه يكون عن طريق بيان المساحة أو المسافة التى عند نهايتها ينتهى حريم المعمور ، بحيث يجوز للأفراد تملك ما بعده من الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وغير منتفع بهـا . وفقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا فيما بينهم هل التحديد يكون بمقادير وأرقام موقتة بغض النظر عن الظروف المكانية والزمانية لمتعلق الحريم ، أم يكون ذلك منوطا بالحـاجة الفعلية والظرف المعين حسـبما يقضى به العرف وتقضى به العادة ؟

---

(٢١) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ .
(٢٢) حاشية شرح اللمعة ٢٥٣/٢ .
(٢٣) المغنى لابن قدامة ١٥١/٦ ، وروضة الطالبين ٢٨١/٥ .

والفقهاء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

أن التحديد يكون بمقادير وأرقام مؤقتة بغض النظر عن الظروف الزمانية والمكانية لمتعلق الحريم ، ويتمثل هذا التحديد أكثر ما يتمثل فى العيون والآبار . فقد حدد الحنفية(٢٤) فى الأصح عندهم ، وأكثر الحنابلة(٢٥) ، والامامية (٢٦) فى الأرض الصلبة فى القول المشهور عندهم حريم العين بخمسمائة ذراع من كل جانب . لأن العين تستخرج للزراعة فلابد من مكان يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع ينزل فيه المسافر والدواب ، ومن موضع يجرى فيه الى المزارع والمرانع ، فلهذا يقدر بالزيادة(٢٧) .

---

(٢٤) جاء فى بدر المتقى : « وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب فى الأصح » بدر المتقى فى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٢/٥٥٩ سبل السلام ٣/٨٦ .

ويرى القدورى من فقهاء الحنفية تحديد حريم العين بثلاثمائة ذراع . اللباب ص ٢٢١ طبعة محمد على صبيح بمصر ١٣٤٦هـ ـ ١٩٢٧م ويقول الاترازى تعقيبا على هذا القول : والأصح عندى خمسمائة لأنه يوافق الحديث والتقدير بثلاثمائة بالاجتهاد حتى يأمن الضرر باثبات هذا القدر من الحريم» البناية فى شرح الهداية ٩/٤٤٢ .

(٢٥) وجاء فى شرح منتهى الاردات : « وحريم عين وقناة حفرتا بموات خمسمائة ذراع » شرح منتهى الاردات ٢/٤٦٣ .

(٢٦) وجاء فى شرائع الاسلام : « وللعين الف ذراع فى الأرض الرخوة وفى الصلبة خمسمائة ذراع » شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ٢/١٦٩ .

(٢٧) مجمع الأنهر ٢/٥٥٩ .

واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « حريم العين خمسمائة ذراع » (٢٨) وعلى هذا فلا يجوز لأحد أن يحفر فى هذه المساحة عينا أو بئرا ولا يبنى فيها ولا يزرع ، ولصاحب العين منعه من ذلك ، لأن هذه المساحة صارت ملكا له حتى يتسنى له الانتفاع بما حفر بئرا أو عين (٢٩) .

كما حدد الامام أبو حنيفة ــ رضى الله عنه ــ حريم البئر بأربعين ذراعا ، سواء أكانت البئر للعطن أم كانت للناضح (٣٠) .

واستدل على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من حفر بئر فله ما حولها أربعون ذراعا » (٣١) .

ولأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما حولها ، لأنه

---

(٢٨) بدائع الصنائع : ٣٨٥٣/٨ ، ومجمع الأنهر ٥٥٩/٢ .
(٢٩) البناية فى شرح الهداية ٤٤٤/٩ .
(٣٠) العطن والمعطن : مناخ الأمل ومبركها ، والمراد ببئر العطن التى يخرج ماؤها باليد .
والناضح : هو البعير الذى يعلق على البئر لاستخراج الماء منها ، والمراد ببئر الناضح البئر التى يخرج ماؤها بالبعير أو غيره من الحيوانات حاشية الشلبى بهامش تبيين الحقائق ٣٦/٦ .
(٣١) عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « حريم البئر أربعون ذراعا من حواليها كلها لأعطان الابل والغنم وابن السبيل أول شارب ولايمنع فضل ماء فيمنع به الكلأ » مسند الامام أحمد ٤٩٤/٢ وعن عبد الله بن مغفل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من حفر بئرا فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته ، سنن ابن ماجة (باب حريم البئر) ٨٣١/٢ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
وفى رواية : « من احتفر بيرا فليس لأحد أن يحفر حوله أربعين ذراعا عطنا لماشيته » سنن الدارمى (باب فى حريم البئر) ٥٥٩/٢ .

يحتاج الى أن يقف على شفير البئر ليستقى المـاء والى أن يبنى على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى أن يبنى حوضا يجتمع فيه الماء والى موضـع تقف مواشـيه حالة الشرب وبعده ، فقـدره الشرع بأربعين(٣٢) •

وحدد الصاحبان حريم البئر العطن بأربعين ذراع ، وحريم البئر الناضح بستين ذراع (٣٣) والى هذا ذهب فقهاء الامامية(٣٤) •

واستدل أصحاب هذا الرأى بقول النبى صـلى الله عليه وسلم : « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا »(٣٥) •

وانما فرق أصحاب هـذا الرأى بين حريم البئر العطن وحريم البئر الناضح فقدروا بالزيادة فى البئر الناضح عنه فى البئر العطن • لأنه فى البئر الناضح قد يحتاج الى يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الحبل ، وبئر العطن الاستقاء منه باليد فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت بين بئر العطن وبئر الناضح(٣٦) •

---

(٣٢) تبيين الحقائق ٦/٣٦ •

(٣٣) يقول الكاسـانى : « وحريم البئر العطن أربعـون ذراعا بالاجماع نطقت به السنة ، قال النبى عليه الصـلاة والسـلام : « حريم بئر العطن أربعون ذرعا » وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه ، عند أبى حنيفة ــ رحمه الله ــ أربعون ذراعا وعندهما ستون ذراعا ، احتجـا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وحريم بئر النـاضح ستون ذراعا » بدائع الصنائع ٨/٣٨٥٤ •

(٣٤) جاء فى شرائع الاسلام : « وحريم البئر العطن أربعون ذراعا وبئر الناضح ستون » شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى ٢/١٦٩

(٣٥) تبيين الحقائق ٦/٣٦ •

(٣٦) البناية فى شرح الهداية ٩/٤٣٩ ، وتبيين الحقائق ٦/٣٦ •

ويروى الطحاوى من فقهاء الحنفية أن حريم البئر العطن الى منتهى الحبل حتى ولو تجاوز أربعون ذراعا ، وحريم البئر الناضح الى منتهى الحبل حتى ولو كان أكثر من ستين ذراع (٣٧) .

وهناك رأى ثالث أن حريم البئر مطلقا أى سواء كانت بئرا للعطن أو بئرا للناضح عشرة أذرع من كل جانب (٣٨) .

أما الامام أحمد — رضى الله عنه — فقد حدد حريم البئر المحدثة بخمس وعشرون ذراعا من كل جانب ، وحريم البئر القديمة خمسون ذراعا من كل جانب (٣٩) .

واستدل على ذلك بما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : السنة فى حريم البئر العادى خمسون ذراعا والبدى خمسة وعشرون (٤٠) .

---

(٣٧) قال الطحاوى فى مختصرة : « من حفر بئر للعطن فى أرض ميتة ... فله حريمها من كل جانب من جوانبها أربعون ذراعا ، الا أن يكون الحبل يتجاوز أربعين فيكون الى ماينتهى اليه الحبل ، وان كان بئر ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا أن يكون الحبل يتجاوز الستين فيكون الى منتهى حبلها » حاشية الشيخ أحمد الشلبى بهامش تبيين الحقائق ٦/٣٦ .

(٣٨) تبيين الحقائق ٦/٣٦ ثم يرد صاحب تبيين الحقائق على هذا الرأى بقوله : « والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب ، لأن المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجانبها فيتحول ماء البئر الأولى الى الثانية ، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب ، فيقدر بأربعين كيلا تتعطل عليه المصالح » تبيين الحقائق ٦/٣٦ .

(٣٩) يقول صاحب الكافى : « والمنصوص عن أحمد — رضى الله عنه — أن حريم البئر البدى خمس وعشرون ذراعا من كل جانب ومن سبق الى بئر عادية فاحتفرها فحريمها خمسون ذراعا من كل جانب » الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٨ .

(٤٠) المرجع السابق .

كما حدد البعض من هؤلاء الفقهاء حريم غير العين والبئر ، ولكن اكتفينا بهذا حتى لا نطيل ونخرج عن دائرة البحث .

الرأى الثانى :

لا يحدد الحريم على اختلاف أنواعه بمقادير معينة ، بل يكون ذلك منوطا بالحاجة الفعلية والظرف المعين حسبما قضى به العرف وتقضى به العادة . وليس هذا الحكم قاصرا على العين والبئر ، بل يشمل أيضا أشياء كثيرة كالنهر والقناة والأشجار والأراضى المسكونة وغير ذلك .

والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٤١) ، والمالكية(٤٢).

---

(٤١) جاء فى اللباب : « من حفر بئر فى برية موات فله حريمها على قدر الحاجة من كل الجوانب » اللباب فى شرح الكتاب ص١٧٤ .

(٤٢) يقول الشيخ الدردير - رضى الله عنه - : « فاذا عمروا جماعة بلدا اختصوا بها وبحريمها ، وحريمها مايمكن الاحتطاب منه والمرعى فيه على العادة من الذهاب والاياب مع مراعاة المصلحة والانتفاع بالحطب وحلب الدواب ونحو ذلك » الشرح الصغير بأسفل بلغة السالك ١٨٣/٣ ، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ٦٧/٤ .

ويقول القاضى عياض : « حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التى من حقها أن لايحدث فيها مايضر بها لا باطنا من حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبه أو بغيره بطرح نجاسة يصل اليها وسخها ولا ظاهرا كالبناء » الشرح الصغير بأسفل بلغة السالك ١٨٤/٣ .

وقال ابن شاس : « أما البئر فليس لها حريم محدد لاختلاف الأرض بالرخا والصلابة ، ولكن حريمها ما لاضرر معه عليها ، وهو مقدار مالايضر بمائها ولا يضيق مناخ ابلها ولا مرابض مواشيها عند الورود » شرح الخرشي ٦٨/٧ .

ويقول الخرشى : « حريم الدار المحفوفة بالموات ... مايرتفق به أهلها من مكان يطرح فيه ترابها ويسيل فيه ماء ميازيبها » المرجع السابق

والشافعية(٤٣) ، وبعض فقهاء الحنابلة(٤٤) وابن حزم(٤٥) ، وبعض

ويقول الشيخ الدردير – رحمه الله – فى حريم الشجر : « وما فيه مصلحة عرفا لشجرة من نخل أو غيرها فلربها منع من أراد احداث شىء يقربها يضربها من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحو ذلك » الشرح الصغير بأسفل بلغة السالك ٣/١٨٤ .

(٤٣) وجاء فى روضة الطالبين : « حريم القرى المحياة ما حولها من مجتمع أهل النادى ومرتكض الخيل ومناخ الابل ومطرح الرماد والسماد وسائر مايعد من مرافقها » « وحريم الدار فى الموات : مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج » « والبئر المحفورة فى الموات حريمها الموضع الذى يقف فيه النازح وموضع الدولاب ومتردد البهيمة ان كان الاستيفاء بهما ومصب الماء والموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشية والزرع من حوض ونحوه ، والموضع الذى يطرح فيه مايخرج منه ، وكل ذلك غير محدد ، وانما هو بحسب الحاجة كذا قال الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم » ثم يقول صاحب روضة الطالبين عقب كل ذلك : « ولم ير الشافعى رضى الله عنه التحديد ، وحمل اختلاف روايات الحديث فى التحديد على اختلاف القدر المحتاج اليه » روضة الطالبين ٥/٢٨٣ .

وأما القناة ... فحريمها القدر الذى لو حفر فيه لنقص ماؤها ، أو خيف منه انهيار وانكباس ، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها » روضة الطالبين ٥/٢٨٣ ، ٢٨٤ .

ويقول صاحب تكملة المجموع : « وحريم النهر وهو ملقى الطين ومايخرج منه من التقن ويرجع فى ذلك الى أهل العرف فى الموضع » تكملة المجموع ١٤/٤٤٦ .

(٤٤) يقول القاضى وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها فى الحقيقة مايحتاج اليه فى ترقية مائها منها ، فان كان بدولاب فقدر مدار الثور أو غيره ، وان كان بسانية فبقدر طول البئر

فقهاء الامامية(٤٦) ٠

لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « حريم البئر مد رشائها » ولأنه المكان الذى تمشى اليه البهيمة ، وان كان يستقى بيده منها فبقدر مايحتاج اليه الواقف عندها ، وان كان المستخرج عينا فحريمها القدر الذى يحتاج اليه صاحبها للانتفاع ولا يستضر بأخذه منه ولو كان ألف ذراع ، وحريم النهر من جانبيه مايحتاج اليه لطرح كمرابته بحكم العرف وذلك أن هذا انما ثبت للحاجة فينبغى أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها » الشرح الكبير للمقدسى ١٦٣/٦ مطبوع مع المغنى لابن قدامة ٠

والحديث أخرجه ابن ماجة فى سننه عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حريم البئر رشائها » سنن ابن ماجة (باب حريم البئر) ٢/ ٨٣١ ٠

ويقول ابن قدامة : « واذا كان لانسان شجرة فى موات فله حريمها قدر ماتمد اليه أغصانها حواليها وفي النخلة مد جريدها » الشرح الكبير للمقدسى ١٦٥/٦ ٠

(٤٥) ويقول ابن حزم : « ومن ساق ساقية أو حفر بئرا أو عينا فله ماسقى كما قدمنا ولا يحفر أحد ، بحيث يضر بتلك العين أو تلك البئر أو بتلك الساقية أو ذلك النهر ، أو بحيث يجلب شيئا من مائها عنها فقط ، لاحريم لذلك أصلا غير ماذكرنا ، لأنه اذا ملك تلك الأرض فقد ملك مافيها من ماء فلا يجوز أخذ ماله بغير حق » المحلى لابن حزم ٢٣٩/٨ ٠

(٤٦) وجاء فى كتاب فقه الامام جعفر الصادق : « والذى أراه أن الحريم يقدر بحسب الحاجة والمصلحة وهى تختلف باختلاف البلدان والأزمان ، وأما النص الوارد فى تحديد الطرق وما اليه فيحمل على مادعت اليه الحاجة والمصلحة فى ذلك العهد » فقه الامام جعفر الصادق ٥/ ٥٠ ٠

الرأى الراجـح :

والذى أميل الى ترجيحه هو ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثـانى القائلين بعدم التحديد للحريم المعمور أيا كان نوع المعمور ، وانمـا يترك هـذا للعرف والعـادة ، وحسب ما تقتضـيه الحاجة اليـه ، وذلك لمـا يأتى :

أولا : أن الآثار التى وردت فى التحديد والتى أغلبها منصبة على العيون والآبار وما يلحق بهـا من قنوات أخبار مرسـلة ومطعون فى سـندها(٤٧) .

---

(٤٧) ساق ابن حجر ـ رضى الله عنه ـ فى بلـوغ المرام الحـديث الذى احتج به الامام ابو حنيفة على تحديد الحـريم للبئر بأربعين ذراعا وقال : رواه ابن ماجه باسناد ضعيف : ونصه عن عبد الله ابن مغفل ـ رضى الله عنه ـ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حفـر بئر فله أربعون ذراعا عطنا لماشيته » رواه ابن ماجة باسناد ضعيف ، وعلق عليه الصنعانى ـ رحمه الله تعالى ـ فقال لأن فيه اسـماعيل بن سـلم ، وقد أخرجه الطبرانى من حديث أشعث عن الحسن . وفى الباب عن أبى هريرة عند أحمد « حريم البئر البدى خمسة وعشرون ذراعا وحريم البئر العادى خمسون ذراعا » وأخرجه الدارقطنى من طريق سـعيد بن المسيب وأعله بالارسال ، وقال : من أسنده فقدوهم ، وفى سـنده محمد بن يوسف المقرى شيخ شيخ الدارقطنى وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقى من طريق يونس عن الزهرى عن ابن المسيب مرسـلا وزاد فيه حريم بئر الزراعة ثلثمائة ذراع من نواحيها كلها » وأخرجه الحاكم من حديث أبى هـريرة موصولا ومرسلا ، والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف .

ثم قال الصنعانى : وظاهر حديث عبـد الله أن العلة فى ذلك هى مايحتاج إليه صاحب البئر عند سقى ابله لاجتماعها على المـاء ، وحديث

=

ثانيا : أن أغلب الأخبار المذكورة متضاربة مع بعضها فى التقدير فمثلا منها يحدد حريم البئر مطلقا بأربعين(٤٨) ذراعا أو بخمسين(٤٩) ومنها ما يحدد البئر العطن بأربعين(٥٠) والناضح بخمسين(٥١) أو ستين(٥٢) ومنها ما يحدد البئر المحدثة بخمس وعشرين(٥٣) أو بأربعين(٥٤) •

والعادية بخمسين(٥٥) أو بأربعين(٥٦) وهكذا ، ومثل هذا نجده بالنسبة الى العيون حيث تتراوح التقادير فيها بين المائتين والألف(٥٧)•

=

أبى هريرة دال على أن العلة فى ذلك هى مايحتاج اليه البئر لئلا تحصل المضرة عليها بقرب الاحياء منها • ولذلك اختلف الحال فى البدىء والعادى ، والجمع بين الحديثين أنه ينظر ما يحتاج اليه ، اما لأجل السقى للماشية أو لأجل البئر • انظر سبل السلام ٣/٨٥ •

(٤٨) تبيين الحقائق ٦/٣٦ ، ومجمع الأنهر ٢/٥٥٩ •

(٤٩) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص ١٠٦ •

(٥٠) البناية فى شرح الهداية ٩/٤٣٦ ،وتكملة فتح القدير ١٠/٧٣

(٥١) الأحكام السلطانية للماوردى ص١٨٢ • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ١٩٦٠م •

(٥٢) بدائع الصنائع ٨/٣٨٥٤ •

(٥٣) الكافى فى فقه الامام أحمد بن حنبل ٢/٤٣٨ ، والمحلى لابن حزم ٨/٢٣٩ •

(٥٤) سبل السلام ٣/٨٥ •

(٥٥) تكملة المجموع ١٤/٤٧٠ ، وسبل السلام ٣/٨٥ •

(٥٦) المسالك / احياء الموات •

(٥٧) بدائع الصنائع ٨/٣٨٥٣ ، والبناية فى شرح الهداية٩/٤٣٨ والمحلى لابن حزم ٨/٢٣٩ ، وشرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفرى ٢/١٦٩ •

ثالثا : أن فى التحديد بأذرع معينة لا يتفق وبعض أنواع المعمور فمثلا بالنسبة للآبار والعيون قد تكون بعض الأراضى صلبة تمسك بمائها ولا تسمح له بالتسرب لمكان آخر ولو كان قريبا ، وبعضها رخوة لا تمسك الماء وتسمح له بتسربه لمكان آخر ولو كان بعيد .

رابعا : هذا بالاضافة الى أن تحديد حريم المعمور بالأذرع لا يفيد فى عصرنا الحديث فاذا أريد انشاء قرية أو مدينة فيترك تحديد الطرق وجميع المرافق الى معرفة المهندسين ، وما يراه أهل الاختصاص من المصلحة ، وليس من شك أن الشرع يقر كل ما فيه الخير والنفع للصالح العام . وأن روايات الحديث حددت المرافق بما يتفق وذاك العصر حيث لا سيارات ولا مطارات .

من أجل ذلك كله رجحت ما ذهب اليه أصحاب الرأى الثانى القائلين بعدم تحديد حرم المعمور بأذرع معينة ، بل يترك ذلك للعرف والعادة ما تقضيه الحاجة . والله أعلم .

الفصل الثانى

الأحكام التى تتعلق باحياء الموات

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

احياء أرض الموات التى سبق احياؤها

الأراضى الموات التى نريد احيائها تنقسم الى قسمين :

القسم الأول : أن تكون الأرض الموات بكرا لم تنتقل الى الأفراد بأى سبب من أسباب الانتقال .

القسم الثانى : أن تكون الأرض الموات غير بكر بأن تكون نقلت الى الأفراد بالاحياء ٠

فبالنسبة للقسم الأول فان الفقهاء على اختلاف مذاهبهم اتفقوا على جواز وشرعية احياء الأراضى الموات متى توافرت الشروط التى سبق الحديث عنها أما بالنسبة للقسم الثانى فان الفقهاء اختلفوا فى جواز وشرعية احياء الأرض الموات التى سبق احيائها على ثلاثة آراء:

الرأى الأول :

أن الحقوق المكتسبة بالاحياء تسقط بعد صيرورة الأرض مواتا وللغير الحق فى استغلال هذه الأراضى واستثمارها بأى طريقة من طرق الاستثمار والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(١) ، وبعض المالكية(٢)، وبعض الامامية(٣) ٠

واستدلوا على ذلك بعموم قول النبى صلى الله عليه وسلم :

---

(١) جاء فى تبيين الحقائق : « ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل : الثانى أحق بها ، لأن الأول ملك استغلالها دون رقبها » تبيين الحقائق ٦/٣٥ ٠ وقد نسب هذا القول الى أبى القاسم البلخى ٠ البناية فى شرح الهداية ٩/٤٢٧ ٠

(٢) جاء فى مواهب الجليل : « من أحيا أرضا ميتة ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها وهلكت اشجارها وتهدمت آثارها وعادة كأول مرة ثم أحياها غيره فهى لمحييها آخرا » ثم يقول ابن يونس : وهذا قياسا على الصيد اذاأفلت ولحق بالوحش وطال زمانه فهو للثانى ، مواهب الجليل للحطاب ٦/٣ ٠

(٣) وجاء فى كتاب فقه الامام جعفر الصادق : « يجوز للثانى احياؤها ، لأن الأول لم يملك رقبة الأرض بالاحياء وانما يملك التصرف ويكون أولى من غيره » فقه الامام جعفر الصادق ٦/٤٩ ٠

« من أحيا أرضا ميتة فهى له »(٤) • وبما روى عن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ أنه قال : « أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين » • فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها ، فان تركها فأخذها رجل آخر فعمرها وأحياها فهو أحق بها(٥)

هذا بالاضافة الى أن المحيى لا يملك رقبة الأرض حتى لا يستطيع غيره نزعها منه بعد تركها بدون عمارة ، وانما هو يملك الانتفاع فقط، ومن ثم فاذا تركها حتى صارت كما كانت عليه من الحالة الأولى من الموات فأحياها شخص آخر كانت له •

كما استدل أصحاب الرأى الأول أيضا بما روى عن قيس بن الربيع عن الضبى عن أبيه قال : جاء رجل الى على رضى الله عنه فقال : أتيت أرضا قد خربت وعجز عنها أهلها فكريت أنهارا وزرعتها ، قال : كل هنيئا ، وأنت مصلح غير مفسد ، معمر غير مخرب(٦) •

ولأن الأصل أن هذه الأرض مباح ، فاذا تركت حتى تصير مواتا عادت الى الاباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه (٧) ولأنه موات فجاز احياؤه كسائر الأموات ، لأن حقيقة الأموات ما صار بعد الاحياء مواتا(٨) •

---

(٤) سنن الترمذى ٣/٦٥٥ ، ومسند الامام أحمد بن حنبل ٣/٣٣٨ ، ٣٥٦ ، ٣٨١ •

(٥) المرجع السابق •

(٦) الخراج ليحيى بن آدم القرشى ص٦٣ •

(٧) المغنى لابن قدامة ومعه الشرح الكبير ١/١٤٨ •

(٨) تكملة المجموع ١٤/٤٦٢ •

الرأى الثانى :

أن الحقوق المكتسبة بالاحياء لا تسـقط حتى ولو عادت الأرض الى الموات مرة أخرى والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(٩) ، وبعض المالكية(١٠) ، والشافعية(١١) ، والحنـابلة(١٢) ، والظاهرية(١٣) ،

---

(٩) جاء فى تبيين الحقائق : « والأصح أن الأول أحق بها لأنه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك » تبيين الحقائق ٦/٣٥ .

(١٠) يقول الشيخ الدردير : « وقيل لا تكون للثـانى أبدا بل لمن أحيـاها ولو طال الزمن قياسـا على من ملـكها بشراء أو ارث أو هبة أو صدقة فاندرست فانها لا تخرج عن ملـكه ولا كلام لمن أحياها اتفـاقا » الشرح الصغير ٣/١٨٣ بأسفل بلغة السالك . وبمثل هذا قال سحنون ورد على من قاسه على الصيد بقوله : « أن الفرق بين الأرض والصيد ، أن الصيد لو ابتاعه ثم نفر ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده ، ولاخلاف أن من اشترى أرضا ثم تبورت فأحياها غيره بعده فانها لمن اشتراها دون من أحياها » المنتقى ٦/٣١ .

(١١) جاء فى تكملة المجموع : « ما كان فى الأصل عامرا من بـلاد الاسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته واندرست آثاره فصـار مواتا ... فمذهب الشافعى فيها أنه لايجوز أن يملك بالاحيـاء سوف عرف اربابه أو لم يعرفوا » تكملة المجموع ١٤/٤٦٢ .

(١٢) جاء فى شرح منتهى الاردات : « وان ملك باحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتا لم يملك باحياء ان كان لمعصـــوم » شرح منتهى الاردات ٢/٤٥٩ .

(١٣) يقول ابن حزم : « وأما ما ملك يوما باحياء أو بغيره ثم دثر وأشفر حتى عاد كأول حالة فهو ملك لمن كان له ، لايجـوز لأحـد تملكه بالاحياء أبدا » المحلى لابن حزم ٨/٢٣٣ .

والزيدية(١٤) ، والامامية فى قول عندهم(١٥) .

واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه »(١٦) وهذا مال مسلم .

ثانيا : ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد فهو أحق بها»(١٧) فجعل زوال الملك عن الموات شرطا فى جواز ملكه ، ودل على أن ماجرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالاحياء .

---

(١٤) البحر الزخار ٧٢/٤ .

(١٥) جاء فى فقه الامام جعفر الصادق : « من أحيا أرضا ثم تركها حتى عادت مواتا كما كانت فهل يجوز لغيره احياؤها قال جماعة من الفقهاء لايجوز لأن الأول قد ملكها بالاحياء ، والأصل بقاء الملك حتى يثبت السبب الناقل ، وليس الخراب من الأسباب الناقلة » فقه الامام جعفر الصادق ٤٩/٦ .

(١٦) كنوز الحقائق فى حديث خير الخلائق ١٨٢/٢ مطبوع بأسفل الجامع الصغير للسيوطى . وجاء فى مسند الامام أحمد عن عمرو بن يثربى الضمرى قال : شهدت خطبة النبى صلى الله عليه وسلم بمنى فكان فيما خطب به أن قال : « ولا يحل لامرىء من مال أخيه الا ما طابت به نفسه ، قال : فلما سمعت ذلك قلت يارسول الله أريت لو لقيت غنم ابن عمى فأخذت منها شاه فأحترزتها على فى ذلك شىء ، قال : ان لقيتها نعجة تحمل شفرة وازنادا فلا تمسها » مسند الامام أحمد بن حنبل ١١٣/٥ .

(١٧) السنن الكبرى للبيهقى ١٤٢/٦ « باب من أحيا أرضا ميتة ليس لأحد ولا فى حق أحد فهى له » دار الفكر .

ثالثـا : ما روى عن اسـامة بن مضرس قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبقه مسـلم فهو له ، فخرج الناس يتعادون يتخاطون »(١٨) ٠ وهذا نص ، ولأنهـا أرض استقر عليها ملك أحد المسلمين ، فلم يجز أن تملك بالاحياء ، ولأن ماصار مواتا من عامر المسلمين لم يجز احياؤه بالتملك كالأوقاف والمساجد(١٩)

رابعا : ولأن الأول ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث « فهى له » اذ الاضـافة بلام التمليك لا يزول بالترك ، كمن أخرب داره أو عطل بستانه وتركه حتى مرت عليه سنين فانه لا يخرج من ملكه(٢٠)

خامسا : أن هذه أرض يعرف ما لكها فلم تملك بالاحياء(٢١) ٠ ولأن ملك المحيى أولا لا يزول بالترك كسائر الأملاك(٢٢) ٠

هذا وقد رد أصحاب هذا الرأى على الخبر الذى استدل به أصحاب الرأى الأول وهو قوله صلى الله عليه وسـلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وقالوا أن استدلالهم بهذا الحديث دليل عليهم لأن الأول قد أحياها ، فوجب أن يكون أحق بها من الثانى — لأمرين : الأول : أنه سبق ، والثانى أن ملكه قد ثبت باتفاق(٢٣) ٠

وأن هذا الخبر مقيد بغـير المملوك بقوله فى الرواية الأخرى : « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » وقوله « فى غير حق مسلم » وهذا

---

(١٨) نيل الأوطار ٣٠٢/٥ والمعادة الاسراع بالسير ، والمراد بقوله يتخاطون يعملون على الأرض علامات بالخطوط ٠

(١٩) تكملة المجموع ٤٦٢/١٤ ، ٤٦٣ ٠

(٢٠) البناية فى شرح الهداية ٤٢٧/٩ ٠

(٢١) المغنى لابن قدامة ١٤٨/٦ ٠

(٢٢) شرح منتهى ٤٥٩/٢ ٠

(٢٣) تكملة المجموع ٤٦٣/١٤ ٠

يوجب تقييد مطلق الحديث . وقال هاشم بن غروة فى تفسير قوله عليه الصلاة والسلام : « وليس لعرق ظالم » الظالم أن يأتى الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها . ذكره سعيد بن منصور فى سننه(٢٤).

الرأى الراجح :

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم فاننى أميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول الذى يقضى باعطاء الحق للغير فى احياء الأراضى التى تركها صاحبها وآلت الى الخراب والبور ، وذلك استنادا الى النصوص التى تعطى الحق فى احياء الأراضى الموات مطلقا ، أى سواء سبق احيائها وخربت أم لا ، والتى منها قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » .

ولأن العلة فى تملك هذه الأرض الاحياء والعمارة ، فاذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك .

هذا بالاضافة الى أنه لو أخذنا الرأى الأول وقلنا بعدم جواز احياء الأراضى الموات التى سبق احياؤها لأدى ذلك الى تعطيل الانتفاع بالأرض الموات ، مع أن الشريعة الاسلامية حثت على الانتفاع بالأراضى الموات عن طريق احيائها وتعميرها بما يحقق النفع للجميع .

ولأن المحيى الأول بتركه الأرض وتعريضها للخراب والبوار دليل على اعراضه عنها وتركه لها ، وبالتالى سقط حقه فى الملك . والله أعلم .

---

(٢٤) المغنى لابن قدامة ومعه الشرح الكبير ١٤٨/٦ .

المبحث الثانى

احياء غير المسلمين للموات

لا خلاف بين الفقهاء فى تملك المسلم الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد وفى نفس الوقت غير منتفع بها بأى وجه من الوجوه بالاحياء والتعمير ، وهذا الحق ثابت للمسلم سواء كان رجلا أو امرأة ، وسواء حرا أو عبدا ، غير أن ما يتملكه العبد يكون ملكا لسيده ، لأن العبد وما ملكت يداه لسيده •

ولكنهم اختلفوا فى ثبوت هذا الحق للذمى(١) على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

أن الذمى يحق له تملك الأراضى الموات بالاحياء والتعمير بشرط اذا أذن الإمام له بالاحياء • والى هذا ذهب فقهاء الحنفية(٢) ، وبعض فقهاء المالكية(٣) ، وبعض الحنابلة(٤) واستدلوا على ذلك بأن الأحاديث

---

(١) الذمى : هو الشخص غير المسلم الى احدى ديانات أهل الكتاب والذى يقيم فى بلاد الاسلام اقامة دائمة ، يكون له ما للمسلم من حقوق وما عليه من واجبات ، وهو فى حرفى عقيدته ، لا يتعرض له أحد فى هذا ويعتبر من أهل دار الاسلام •

(٢) جاء فى اللباب : « ويملك الذمى الموات كما يملك المسلم ، لأن الاحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب الا أنه لا يملكه بدون اذن الامام اتفاقا » اللباب ص ١٧٤ •

(٣) وجاء فى المواهب « قال ابن القصار : للامام أن يأذن لأهل الذمة فى الموات ، قال فى التوضيح : ولم يفرق بين قريب ولا بعيد » مواهب الجليل للحطاب ٦/١١ •

(٤) ويقول ابن قدامة : « ولا فرق بين المسلم والذمى فى الاحياء نص عليه أحمد » المغنى لابن قدامة ٦/١٥٠ •

التى وردت فى احياء الأراضى الموات جاءت مطلقة وعامة ولم تفرق بين المسلم وبين الذمى ولا تخصيص بدون مخصص ، والمطلق يجرى على اطلاقه • ومن هذه الأحاديث قوله صلى الله عليه وسـلم : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » وغير ذلك من الأحاديث • ولأن الذميين هم من أهل دار الاسلام فلازم مساواتهم فى الحكم بغيرهم من أهل هذه الدار ، ومن ذلك جواز احياء اراضى الموات وتملكها •

ولأن هذه جهة من جهاه التمليك فاشترك فيها المسـلم والذمى كسائر جهاته(٥) •

ولأنها أعيان مباحة فجاز أن يستوى فى تملكها المسـلم والذمى كالصيد والحطب ، ولأن من يملك الاصطياد والاحتطاب صح أن يملك بالاحياء كالمسلم ، ولأنه سبب من أسباب التملك فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمى كالبيع(٦) •

الرأى الثانى :

أن الذمى لا يحق له احياء الأراضى الموات وتملـكها حتى ولو أذن له الامام فى ذلك • لأن الحق فى هذه الأراضى للمسـلمين ، واذن الامام لا يقطع حقهم فيه • والى هذا ذهب فقهاء الشافعية(٧) ، وبعض

---

(٥) المغنى لابن قدامة ١٥٠/٦ •

(٦) تكملة المجموع ٤٦١/١٤ ، والبناية فى شرح الهداية ٤٢٨/٩ ، ٤٢٩ •

(٧) جاء فى تكملة المجموع : « ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء فى دار الاسلام ولا للامام أن يأذن له فى ذلك » تكملة المجموع ٤٥٧/١٤ وجاء فى مغنى المحتـاج : « وليس هو أى احيـاء الأرض المذكورة لذمى ولا لغيره من الكفار كما فهم بالأولى وان أذن له الامام لأنه استعلاء وهو ممتنع فى أرضنا » مغنى المحتاج ٣٦٢/٢ •

فقهاء الحنابلة(٨) ، والظاهرية(٩) ، والزيدية(١٠) .

فقهاء الحنابلة(٨) ، والظاهرية(٩) ، والزيدية(١٠) ، وبعض فقهاء الامامية(١١) .

واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولا : قال عز وجل : « ان الأرض لله يورثها من يشاء من عباده »(١٢) وقوله تعالى « ان الأرض يورثها عبادى الصالحون »(١٣) . ونحن أولئك لا الكفار ، فنحن الذين أورثنا الله تعالى الأرض فله الحمد كثيرا (١٤) .

ثانيا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » فجمع الموتان وجعلها للمسلمين فانتفى أن يكون لغيرهم ، لأنه وجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات اليهم فدل على اختصاصهم بالحكم(١٥) .

---

(٨) وقال ابن حامد : « لا يملك الذمى بالاحياء » وقال القاضى : هو مذهب جماعة من أصحابنا . المبدع فى شرح المقنع ٥/٢٤٩ .

(٩) يقول ابن حزم : « ولا تكون الأرض بالاحياء الا لمسلم وأما الذمى فلا » المحلى لابن حزم ٨/٢٤٣ .

(١٠) البحر الزخار ٤/٧٥ .

(١١) جاء فى التذكرة : « اذا أذن الامام لشخص فى الموات ملكها المحيى اذا كان مسلما ، ولا يملكها الكافر بالاحياء ولو باذن الامام ، فان أذن الامام فأحياها لم يملك عند علمائنا وبه قال الشافعى ، الحلى فى التذكرة / احياء الموات .

(١٢) من الآية رقم ١٢٨ من سورة الأعراف .

(١٣) من الآية رقم ١٠٥ من سورة الأنبياء .

(١٤) المحلى لابن حزم ٨/٢٤٣ .

(١٥) تكملة المجموع ١٤/٤٥٧ ، ٤٦٠ .

ثالثا : روى عن الامام الشافعى ــ رضى الله عنه ــ حديث : « الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى أيها المسلمون » .

رابعا : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجتمع فى جزيرة(١٦) العرب دينان »(١٧) اشارة الى اجلائهم حتى أجلاهم عمر رضى الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بازالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستجيبوا أملاكا محدثة ، لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث ، فاذا لم يكن لهم الأقوى فالأضعف أولى ، ولأن من لم يقر فى دار الاسلام الا بجزية منع من الاحياء كالمعاهد ، ولأن ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية(١٨) .

خامسا : أن تملك الأراضى الموات بالاحياء للذمى فيه استعلاء وهذا لا يجوز(١٩) .

سادسا : نقل السبكى عن ابن الجوزى : أن موات الأرض كان لرسول الله صلى لله عليه وسلم ثم رده على أمته(٢٠) .

سابعا : أن موات الدار من حقوق الدار ، والدار للمسلمين فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك احياؤه(٢١) .

---

(١٦) جاء فى بلغة السالك : « اعلم أن الجزيرة مأخوذة من الجزر الذى هو القطع ، ومنه الجزار لقطع الحيوان ، سميت بذلك لانقطاع وسطها الى أجنابها ، لأن البحر محيط بها من جهاتها الثلاث التى هى المغرب والجنوب والشرق ، ففى مغربها بحر جدة بضم الجيم وفتح الدال مشددة ويسمى بالعلزم وبحر السويس ، وفى جنوبها بحر الهند ، وفى مشرقها خليج عمان بضم العين وتخفيف الميم » بلغة السالك ٣/١٨٨ ، وحاشية الدسوقى ٤/٦٩ ، وشرح الخرشى ٧/٧٠ .

(١٧) الموطأ ٢/٨٩٢ .

(١٨) تكملة المجموع ١٤/٤٦١ .

(١٩) مغنى المحتاج ٢/٣٦٢ .

(٢٠) حاشية البرماوى ص ٢٢٦ .

(٢١) المغنى لابن قدامة ٦/١٥٠ .

مناقشـــة الأدلة :

اعترض أصحاب الرأى الأول على حـــديث « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » بأن هذا الحديث لا نعرفه ، وانما نعرف قوله :« عادى الأرض لله ولرسوله ثم هولكم بعد ومن أحيا مواتا من الأرض فله رقبتها » هكذا رواه سعيد بن منصور وهو مرســل ، ثم لا يمتنع أن يكون المراد بقوله : « هى لكم ، أى لأهل دار الاســلام والذمى من أهل الدار تجرى عليه أحكامها(٢٢) .

واعترض أصحاب الرأى الثانى على ما اســتدل به الرأى من حديث « من أحيا أرضا مواتا فهى له » أن هذا الخبر وارد فى بيــان ما يقع به الملك ، وقوله : « هى لكم » وارد فى بيان ما يقع له الملك، فصار المفسر فى كل واحد منهما فيما قصد له قاضيا على صاحبه فصار الخبران فى التقدير كقوله : «من أحيا أرضا مواتا من المسلمين فهى له» .

والجواب عن قياســهم على الصــيد والحطب فهو أن منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المســلم والذمى فيها مع كونها أعيانا مباحة ، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى فى الصــيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه اذا أخذه الكافر وليس كذلك الاحياء .

لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطــاب وان منع من الاحيــاء(٢٣) .

الرأى الثالث :

أن الذمى يحق له تملك الأراضى الموات بالاحياء ولو لم يأذن له الامام اذا كانت الأراضى الموات بعيدة عن العمــران بشرط أن يكون الاحياء والتعمير خارج جزيرة العرب وهى أرض الحجاز مكة والمدينة

---

(٢٢) المغنى لابن قدامة ٦/ ١٥٠ ، ١٥١ .
(٢٣) تكملة المجموع ١٤/ ٤٦١ .

واليمن ومن والاها ، أما الأراضى الموات القريبة من العمران فلا يجوز له احياؤها وتعميرها ولو أذن الامام . والى هذا ذهب فقهاء المالكية(٢٤)

واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لايبقين دينان بجزيرة العرب »(٢٥) .

الرأى الراجــح :

بعد بيان آراء الفقهاء وأدلتهم وما ورد على بعض هذه الأدلة من اعتراضات وردود فاننى أرجح ما ذهب اليه أصحاب الرأى لقوة أدلتهم ، ولأن الذمى يعتبر من أهل البلاد الاسلامية ، فيكون له ما لنا وعليه ما علينا ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : « فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين .

لكن لابد أن يقيد ذلك بشرط أن لا يكون فى احياء الذمى للأرض الموات ضرر على المسلمين . والله أعلم .

احياء المستأمن(٢٥) والحربى(٣٦) لأرض الموات :

اتفق الفقهاء(٢٧) على عــدم جواز احياء المســتأمن والحربى

---

(٢٤) يقول الباجى : « فاذا ثبت أن الذمى يحيى فى بلاد المسلمين فان ذلك فيما بعد من العمران ، فأما فيما قرب من العمران فانه يخرج ويعطى قيمة ما عمر ، لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفىء والذمى لا حق له فى الفىء ، وكذلك ان عمر فى جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن فانه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته » المنتقى ٦/٢٩ .

(٢٥) المستأمن : هو غير المسلم الذى يدخل الى دار الاسلام بعقد أمان لمدة مؤقتة لغرض من الأغراض السياسية أو التجارية ، وله الأمان على نفسه وولده وماله ، ويعتبر من أهل دار الحرب حكما .

(٢٦) الحربى : هو غير المسلم الذى يكون بين بلاده وبلاد المسلمين حالة حرب أو عداء ولم توقع بين البلدين معاهدات أمن أو صداقة .

(٢٧) مجمع الأنهر ٢/٥٥٨ ، مواهب الجليل ٦/١٠ ، ١١ ، روضة الطالبين ٥/٢٧٩ ، الكافى فى فقه أحمد بن حنبل ٢/٤٣٦ والمحلى لابن حزم ٨/٢٤٣ ، والبحر الزخار ٥/٧٥ ، الروضة الندية ٧/١٣٥ ، ٢٣٦

للأراضى الموات مطلقا أى سواء أذن لهم الامام فى ذلك أم لا ، وسواء كان الموات قريبا من العمران أم بعيدا عنه ، لأنهم ليسا من دار الاسلام فلا يملكان شيء .

المبحث الثالث

ما يثبت بالاحياء من حقوق

اذا أذن الامام لأحد الأشخاص باحياء قطعة من الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد فهى تنتقل اليه ملكية هذه الأرض بكل مقوماتها من عين ومنفعة وغير ذلك ، أو أن حقه فيها لا يتعدى نطاق حق المنفعة دون ملكية العين ؟

للاجابة عن ذلك أقول ــ وبالله التوفيق ــ اختلف الفقهاء فى مدى الحق المكتسب بالاحياء على رأيين :

الرأى الأول :

أن الحق المكتسب بالاحياء هو ملكية العين ملـــكية تامة . والى هذا ذهب بعض فقهاء الحنفية(١) ، وفقهاء المالكية(٢) ، والشافعية(٣) ،

---

(١) جاء فى البناية : « أن من أحيا أرضا ميتة هل يملك رقبتها : ثم قال : وعند عامة المشايخ يملك رقبته ، البناية فى شرح الهداية٩/٤٢٧ وجاء فى شرح العنـــاية : « ان المشـــايخ رحمهم الله اختلفوا فى أن احياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة » . ثم قال « وعامتهم الى الثانى استدلالا بالحديث » شرح العناية ٨/٧١ .

(٢) ويقول الباجى : « من أحيا أرضا مواتا فقد ملكها ، ولا تخرج عن يده لتعطيله لها فان عمرها غيره فالأول أحق بها » المنتقى شرح موطأ مالك ٦/٣٠ .

(٣) ويقول صاحب تكملة المجموع : « يستحب احياء الموات ... وتملك به الأرض » تكملة المجموع ١٤/٤٥٦ .

والحنابلة(٤) ، والزيدية(٥) ، والامامية(٦) ٠

واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا مواتا فهى له » وقوله عليه الصلاة والسلام : « عادى الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم » وغير ذلك من الأحاديث التى تفيد ملكية الأرض الميتة للمحيى ملكية تامة ٠

الرأى الثانى :

أن الحق المكتسب بالاحياء هو حق الاستغلال فقط ٠ أى أنه اذا أحيا شخص أرضا مواتا يكون له حق استغلالها والانتفاع بها فقط دون أن يملك رقبتها ٠

والى هذا ذهب أبو القاسم البلخى(٧) من فقهاء الحنفية ٠

واستدل على ذلك أن هذه الأرض قبل الاحياء مباحة ، فيكون حكمها حكم المباحات ومن جلس فى مكان مباح فان له الانتفاع به ، فاذا

---

(٤) يقول ابن قدامة : « وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالاحياء وان اختلفوا فى شروطه » المغنى لابن قدامة ١٤٧/٦ ٠

(٥) البحر الزخار ٧٢/٤ ، ٧٣ ٠

(٦) وجاء فى فقه الامام جعفر الصادق : « وكل من بذل جهدا لاحياء الأرض وازال الأسباب التى تحول دون الانتفاع بها فهو أحق بها من غيره» فقه الامام جعفر الصادق ٤٧/٥ ٠

(٧) جاء فى البناية : « أن من أحيا أرضا ميتة هل يملك رقبتها ؟ قال بعضهم منهم أبو القاسم لا يملك وانما يملك استغلالها » البناية فى شرح الهداية ٤٢٧/٩ ٠

وجاء فى شرح العناية : « فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخى رحمه الله الى الأول ـ أى يملك استغلالها ـ قياسا على من جلس فى موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل حقه» شرح العناية ٧١/١٠ ٠

قام عنه وأعرض بطل حقه وكان لغيره الانتفاع به فكذلك الحكم هنا(٨)
كما استدل بحديث « فهو أحق بها » فهى اضافة التخصيص أى هو
المنتفع بها بدون ملك(٩) .

الرأى الراجح :

والراجح من هذه الآراء ما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول
القائلين بملكية الأرض ملكية تامة بالاحياء لأنها ملكها بالاحياء كما جاء
فى الحديث « فهى له » اذ الاضافة فيه بلام التمليك .

الفصل الثالث

طرق احياء الأرض الموات

اتفق الفقهاء على أن احياء الأراضى الموات التى ليست ملكا لأحد
وغير منتفع بها يكون بكل وسيلة جرى العرف، والعادة على اعتبارها
احياء وانتفاعا بالأرض،سواء كان ببنائها مساكن أو حظائر لمنافع خاصة
أو عامة ، بتهيئتها واعدادها للزراعة وما الى ذلك مما تقتضيه مصالح
الناس وتتطلبه رغباتهم . فأى وسيلة مشروعة تحقق لهم ذلك كانت
موافقة لغرض الشارع .

اذن فالمرجع فى ذلك الى الأعراف والعادات السائدة وقت الاحياء
فان من نهج الشريعة الغراء فيما لم يرد به نص أو فيما لم تكن فيه
حقيقة شرعية رد الناس الى المعهود عندهم المتعارف بينهم .

جاء فى تكملة المجموع : « يختلف الاحياء باختلاف المقصود
منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الاحياء ولم يحده ، ولما كان ليس

---

(٨) شرح العناية ١٠/٧٠ .

(٩) البناية فى شرح الهداية ٩/٤٢٧ .

للاحياء فى اللغـة حد وجب الرجوع الى العرف كالحرز والقبض ، وضابطه تهيئة الشىء لما يقصد منه غالبا ٠ فان أراد مسكنا نظرت الى العرف الشائع فى المكان الذى يجرى فيه الاحياء سكنا كتحويطه بالآجر أو اللبن أو القصب على عادة المكان »(١) ٠

وقال الإمام الشافعى ـ رحمه الله ـ : « وانما يكون الاحيـاء ما عرفه الناس احياء لمثل المحيا ان كان مسكنا فانه يبنى بمثـل يبنى به مثله من بنيان حجر أو لبن ، أو مدر يكون مثله بناء،وهكذا ما احيا الآدمى من منزل له أو لدواب من حظائر أو غيره فأحياه ببناء حجـر أو مدر أو بماء لأن هذه العمارة بمثل هذا »(٢) ٠

وجاء فى روضة الطالبين : « قال الأصحاب : المعتبر ما يعد احياء فى العرف ويختلف باختلاف ما يقصد به وتفصيله بمسائل :

احداها اذا أراد المسكن ، اشـترط التحويط بالآجر أو اللبن أو الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة ، ويشترط أيضـا تسقيف البعض ونصب الباب على الصحيح فيهما ٠

الثانية : اذا أراد زريبة للدواب أو حضيرة يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش،اشترط التحويط ، ولا يكفى نصب سعف وأحجار من غير بناء ، لأن المتملك لا يقتصر على مثله فى العادة، وانما يفعله المجتاز ٠

الثالثة اذا أراد مزرعة اشترط أمور :

أحدها : جمع التراب حواليه لينفصل المحيى عن غيره ، وفى معناه نصب قصب وحجر وشوك ولا حاجة الى التحويط ٠

---

(١) تكملة المجموع ١٤/٤٦٤ ٠

(٢) الأم ٣/٢٦٥ ٠

الثانى : تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلى وحراثتها وتليين ترابها ، فان لم يتيسر ذلك الا بمــاء يســاق اليها ، فلابد منه لتتهيأ للزراعة •

الثالث : ترتيب ماء لها بشق ساقيه من نهر أو بحفر بئر أو قناة وســقيها •

الرابع : اذا أراد بستانا أو كرما فلابد من التحويط ، والرجوع فيما يحوط به الى العادة • فان كانت عادة البلد بناء جدار اشــترط البناء ، وان كان عادتهــم التحويط بالقصــب والشــوك اعتبرت عادتهم(٣) •

واستدل الشــافعية على ما ذكروه بقوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضا مواتا فهى له » فقد أطلق الحديث الاحياء ولم يبين فحمل على المتعارف(٤) •

أما فقهاء الحنابلة فقد ذكروا فى صفة الاحياء روايتين :

الرواية الأولى عن الامام أحمد فقال : الإحياء أن يحوط عليها ــ أى على الأرض ــ حائطا أو يحفر فيها بئرا أو نهرا ، ولا يعتبر فى ذلك تســقيف وذلك لما روى الحسن عن ســمرة أن رســول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحاط حائطا على أرض فهى له »(٥) ولأن الحائط حاجر منيع فكان احياء أشبه ما لو جعلها حظيرة للغنم • ولابد أن يكون الحائط منيعا يمنع ما وراءه ، ويكون مما جرت العادة بمثله ، ويختلف باختلاف البلدان ، فان كان مما جرت عادتهم بالبناء بالحجر وحده كأهل حوران أو بالطين كأهل الغوطة بدمشق أو بالخشب أو القصب كأهل الغور كان ذلك احياء •

---

(٣) روضة الطالبين ٥/٢٨٩ ، ٢٩٠ •

(٤) تكملة المجموع ١٤/٤٦٣ •

(٥) سبل السلام ٣/٨٤ •

والرواية الثانية : الأحياء ما تعـارفه الناس احياء لأن الشرع ورد بتعليق الملك عليه ولم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه الى ما كان احياء فى العـرف ، كما أنه لما ورد باعتبـار القبض والحرز ولم كيفيته كان المرجع فيه الى العرف ، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فلذلك يتعلق الحـكم بالمسـمى احياء عند أهل العرف ، ولأن النبى صـلى الله عليه وسلم لا يعلق الحكم على ما ليس الى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقا لمعرفته ، اذ ليس له طريق سواه •

اذا ثبت هذا فان الأرض تحيـا دارا للسـكنى وحظيرة ومزرعة فاحياء كل واحدة من ذلك بما تتهيأ به للانتفاع الذى اريدت له •

فأما الدار فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة ويسقفها لأنها لا تصلح للسكنى الا بذلك ، والحظيرة احياؤها بحائط جرت به العادة لمثلها ، وليس من شرطها التسقيف لأن العادة لم تجربه ، وان أرادها للزراعة فبأن يهيئها لامكان الزرع فيها ، فان كانت لا تزرع الا بالماء فبأن يسوق اليها ماء من نهر أو بئر ، وان كان المانع من زرعها كثرة الحجارة كأرض الحجاز فاحياؤها بقلع أحجارها وتنقيتها حتى تصلح للزرع وان كانت غياضا أو أشجارا كأرض الشعر فبأن يقلع أشجارها ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، وان كانت ممـا لا يمكن زرعهـا الا بحبس الماء عنه كأرض البطائح فاحياؤها بسد الماء عنها وجعلها بحال يمكن زرعها ، لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها له(٦) •

أما فقهاء الحنفية فانهم يرون أن احياء الأرض أن يجعلها صالحة للزراعة(٧) •

---

(٦) الشرح الكبير للمقدسى ١٦٠/٦ ، ١٦١ ، ١٦٢ •

(٧) يقول السرخسى : « الاحياء أن يجعلهـا صـالحة للزراعة بأن كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا » المبسوط ١٦٨،١٦٧/٢٣

وفقهاء المالكية يرون أن احياء الأرض الموات يكون بواحد من أمور سبعة ذكرها الشيخ الدردير رضى الله عنه بقوله : « والاحياء يكون بأحد أمور سبعة :

الأول : بتفجير ماء لبئر أو عين فتملك به ، وكذا تملك الأرض التى تزرع بها .

والثانى : بازالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء .

والثالث : ببناء بأرض .

والرابع : بسبب غرس لشجر بها .

والخامس : بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه .

والسادس : يكون بسبب قطع شجر بها مبنية وضع يده عليها .

والسابع : بسبب كسر حجرها مع تسويتها (٨) .

وقال ابن الماجشون : أن الاحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء البيان وتسييل ماء الردغة من الأرض وقطع الحياض والفحص عن الأرض بما تعظم مؤنته وتبقى منفعته (٩) .

أما ابن حزم فان الاحياء عنده يكون قلع ما فى الأرض من عشب أو شجر أو نبات بنية الاحياء ، لا بنية أخذ العشب والاحتطاب فقط، أو جلب ماء اليها من نهر أو من عين ، أو حفر بئر فيها لسقيها منه، أو حرثها ، أو غرسها ، أو تزبيلها ، أو ما يقوم مقام التزبيل من نقل تراب اليها أو رماد أو قلع حجارة أو جرد تراب ملح عن وجهها حتى يمكن بذلك حرثها أو غرثها ، أو أن يختط عليها بحظيرة للبناء ،

---

(٨) الشرح الصغير ١٨٦/٣ بأسفل بلغة السالك .
(٩) المنتقى شرح موطأ الامام مالك ٣٠/٦ .

فهذا كله احياء فى لغة العرب التى خاطبنا الله تعالى على لسـان نبيه صلى الله عليه وسلم(١٠) ٠

وفقهاء الزيدية يرون أن الاحياء يكون بالحرث والزرع أوالغرس أو امتداد الكرم أو ازالة الخمر ـ أى الشجر الذى يغطى الأرض ـ أو التنقية(١١) ٠

أما فقهاء الامامية فيرون أن الاحياء يرجع فيه الى ما تعارف عليه الناس(١٢) ٠

وبنـاء عـلى ما تقـدم فان المشرع جعـل الاحيـاء سـببا فى تملك الأراضى الموات التى ليس ملكا لأحد وغير منتفع بها بأى وجه من الوجوه ، وأطلق هذا السبب ولم يبينه بذكر الأمور أو الأعمال التى يتحقق بها ، فكان الأوفق والأرفق بالناس ترك ذلك للعرف والعادة فى الجهة التى تقع فيها هذه الأراضى ، ويكون الضابط فى ما يتحقق احياء الأراضى هو تهيئة الأرض واعدادها لتكون صالحة لتحقيق الغرض الذى قصده المحيى من احيائها غالبا حسب عرف الجهة التى توجد فيها هذه الأرض ٠ فوسائل الانتفاع بالأرض متنوعة ومتعـددة ، وما يجرى العرف يعتبر بيانا لما ورد من المشرع مطلقا ٠ والمطلوب شرعا هو ألا تترك الأراضى عاطلة عن الانتاج ميتة لا حياة لها ، نظرا لأن فى تركها على هذه الصـفة يؤدى الى اضـعاف المستوى المـادي والمعيشى والاقتصادي للأفراد والجماعات والأمم ٠ والله أعلم ٠

تم بحمد الله

---

(١٠) المحلى لابن حزم ٢٣٨/٨ ٠

(١١) السيل الجرار المتدفق ٢٢٧/٣ ٠

(١٢) جاء فى شرائع الاسلام : « الطرف الثانى فى كيفية الاحياء والمرجع فيه الى العرف لعدم التنصيص شرعا أو لغة ، وقد عرف أنه اذا قصد سكنى أرض فأحاط ولو بخشب أو قصب أو سقف مما يمكنه سكنه سمى احياء » شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الحيدرى ١٧٠/٢ ٠

أهم مراجع البحث

أولا : القرآن الكريم :

ثانيا : كتب الحديث وشروحه :

١ ــ جامع الأصول فى أحاديث الرسول . تأليف الامام مجد الدين أبى السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزرى المتوفى سنة ٦٠٦هـ الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

٢ ــ الجامع الصغير فى أحاديث البشير النذير . تأليف الامام جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى المتوفى سنة ٩١١هـ . الطبعة الخامسة . مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

٣ ــ سبل السلام : تأليف الامام محمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى المعروف بالأمير المتوفى سنة ١١٨٢هـ . الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ ــ ١٩٦٥م . مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

٤ ــ سنن ابن ماجة : تأليف الامام أبى عبد الله بن يزيد القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

٥ ــ سنن أبى داود : تأليف الامام أبو داود سليمان بن الأشعث ابن اسحاق الأزدى السجستانى . الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ ــ ١٩٨٣م . مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

٦ ــ سنن الترمذى : تأليف الامام أبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩هـ الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م . مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

٧ ــ سنن الدارمى : تأليف الامام أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن ابن الفضل بن بهرام الدارمى المتوفى سنة ٢٢٥هـ . نشر دار احياء السنة النبوية .

٨ ــ السنن الكبرى : تأليف الامام أبو بكر أحمد بن الحسين بن على ــ المتوفى سنة ٤٥٨هـ دار الفكر .

٩ ــ صحيح البخارى : تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل ابن المغيرة بن بردذبة البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ • طبعة دار الشعب •

١٠ ــ صحيح مسلم : تأليف الامام أبى الحسين مسلم القشيرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١هـ • طبعة مصطفى الحلبى بمصر •

١١ ــ فتح البارى بشرح البخارى : تأليف الامام شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد الكنانى بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ • طبع سنة ١٣٧٨ هـ ــ ١٩٥٩م بمطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

١٢ ــ كنوز الحقائق فى حديث خير الخلائق : تأليف الامام عبدالرءوف المناوى • مطبوع بأسفل الجامع الصغير للسيوطى • الطبعة الخامسة • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

١٣ ــ مختصر سنن أبى داود : تأليف الإمام زكى الدين عبد العظيم ابن عبد القوى المنذرى المتوفى سنة ٦٥٦هـ • مطبعة السنة المحمدية •

١٤ ــ مسند الامام أحمد بن حنبل • دار الفكر العربى •

١٥ ــ الموطأ : تأليف الامام مالك بن أنس الأصبحى المتوفى سنة١٧٩هـ ــ دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) •

١٦ ــ نصب الراية لأحاديث الهداية:تأليف الامام جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢هـ • الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ ــ ١٩٣٨م مطبعة دار المأمون بمصر •

١٧ ــ نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار : تأليف الامام محمد بن على ابن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ • الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ • المطبعة العثمانية المصرية •

ثالثا : كتب الفقه :

(أ) الفقه الحنفى :

١ ــ الاختيار لتعليل المختار : تأليف العلامة عبد الله بن محمود بن مودود • طبع الجهاز المركزى للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية ١٤٠٠هـ ــ ١٩٨٠م •

٢ ــ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للفقيه علاء الدين أبى بكر ابن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ • الناشر زكريا على يوسف • مطبعة القاهرة بمصر •

٣ ــ بدر المتقى فى شرح الملتقى : دار الطباعة العامرة ١٣١٩هـ •

٤ ــ البناية فى شرح الهداية : تأليف الفقيه أبى محمد محمود بن أحمد العينى • الطبعة الأولى ١٤٠١هـ ــ ١٩٨١م • دار الفكر

٥ ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعى مصورة عن الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ • مطبعة بولاق بمصر • دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

٦ ــ حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى على شرح كنز الدقائق مطبوع بهامش تبيين الحقائق • الطبعة الأولى ١٣١٥هـ مصورة عن مطبعة بولاق مصر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

٧ ــ حاشية الفقيه الطحاوى على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة طبعة بولاق ١٢٨٢هـ •

٨ ــ الخراج : تأليف القاضى أبى يوسف يعقوب بن ابراهيم المتوفى سنة ١٨٢هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

٩ ــ شرح العناية على الهداية : للامام أكمل الدين محمد بن محمود

البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦هـ • مطبوع مع نتائج الأفكار • الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ــ ١٩٧٠م • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

١٠ ــ اللباب فى شرح الكتاب تأليف العلامة عبدالغنى الميدانى الدمشقى المتوفى سنة ٤٢٨هـ طبعة محمد على صبيح بمصر ١٣٤٦ هـ ــ ١٩٢٧ م •

١١ ــ المبسوط : لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٨٣هـ الطبعة الثالثة • دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ــ لبنان •

١٢ ــ مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر : تأليف المحقق عبد الرحمن ابن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدماد أفندى • دار الطباعة العامرة ١٣١٩هـ •

١٣ ــ نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار : تأليف الامام شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ــ ١٩٧٠م • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

(ب) **الفقه المالكى :**

١ ــ بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك : تأليف الشيخ أحمد بن محمد الصاوى على الشرح الصغير للدردير • طبع بدار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى بمصر) •

٢ ــ التاج والاكليل لمختصر خليل : تأليف العلامة أبى عبد الله محمد ابن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ • الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م • دار الفكر مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب •

٣ ــ حاشية الشيخ محمد البنانى • دار الفكر بيروت ــ لبنان ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م • مطبوعة بهامش شرح الزرقانى على مختصر خليل •

٤ ــ حاشية العلامة على الصعيدى العدوى • دار صـــادر بيروت ــ لبنان مطبوعة بهامش شرح الخرشى على مختصر خليل •

٥ ــ شرح العلامة أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن على الخرشى المتوفى سنة ١١٠١هـ على مختصر خليل•دار صادر بيروت•لبنان

٦ ــ الشرح الصغير : تأليف الفقيه أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوى المتوفى سنة ١٢٠١هـ • مطبوع بأسفل بلغة السالك • طبع بدار احياء الكتب العربية •

٧ ــ شرح الشيخ عبد الباقى الزرقانى على مختصر خليل•دار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ ــ ١٩٧٨م •

٨ ــ الشرح الكبير:تأليف:أبى البركات أحمد بن أحمد الدردير العدوى على مختصر خليل • مطبوع بهامش حاشية الدسوقى • طبـــع بدار احياء الكتب العربية •

٩ ــ المدونة الكبرى : للامام مالك بن أنس الأصبحى المتوفى ســـنة ١٧٩هـ • مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٤هـ •

١٠ ــ المنتقى شرح موطأ الامام مالك:تأليف القاضى أبى الوليد سليمان ابن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى المتوفى سنة ٤٩٤هـ• مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ • مطبعة السعادة بمصر • دار الكتاب العربى بيروت ــ لبنان •

١١ ــ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ • الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨م • دار الفكر •

(جـ) الفقه الشافعى :

١ ــ الأحكام السلطانية : تأليف العلامة أبو الحسن على بن محمد بن حبيب المتوفى سنة (٤٥٠هـ) مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ١٩٦٠م

٢ ــ الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع : تأليف الشيخ محمد الشربينى الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ • دار احياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) •

٣ ــ الأم : تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ • طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١هـ • الدار المصرية للتأليف والترجمة •

٤ ــ تكملة المجموع شرح المهذب : للشيخ محمد نجيب المطيعى وهى التكملة الثانية • الناشر زكريا على يوسف•مطبعة القاهرة بمصر

٥ ــ حاشية الشيخ برهـان الدين بن ابراهيم البرماوى على شرح الغاية لابن القاسم الغزى • طبعة بولاق ١٢٩٨هـ •

٦ ــ حاشية العلامة : ابراهيم البيجورى على شرح ابن القـاسم الغزى على متن أبى شجاع • الطبعـة الخامسة • المطبعـة الكبرى ببولاق بمصر ١٣٠٧هـ •

٧ ــ حاشية الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البيجرى المتوفى سنة ١٢٢١هـ على شرح منهج الطلاب • مطبعة بولاق بمصر ١٢٩٢هـ •

٨ ــ حاشية أبى الضياء على بن على الشبراملس القاهرى المتوفى سنة ١٠٨٧هـ • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ ــ ١٩٦٧م • مطبعة مصطفى الحلبى بمصر مطبوعة مع نهاية المحتاج •

٩ ــ روضة الطالبين : للامام أبى زكـريا يحيى بن شرف النـووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ طبع ونشر المكتب الاسلامى •

١٠ ــ مختصر الامام أبى ابراهيم بن يحى المزنى الشافعى المتـوفى سنة ٢٦٤هـ مطوع بهامش الأم • طبعة مصورة عن طبعة بولاق ١٣٢١هـ • الدار المصرية للتأليف والترجمة •

١١ ــ مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج : الإمام شمس الدين

محمد بن أحمد الشربينى الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ • مطبعة مصطفى الحلبى ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٨ م •

١٢ — نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : تأليف الامام شمس الدين محمد ابن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤هـ • الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٧ م مطبعة مصطفى الحلبى بمصر •

(د) الفقه الحنبلى :

١ — حاشية الشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقرى على الروض المربع للبهوتى مطبوعة بهامش الكتاب المذكور •

٢ — الخراج : تأليف العلامة يحى بن آدم القرشى المتوفى سنة٢٠٣هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت — لبنان •

٣ — الشرح الكبير على متن المقنع : تأليف الشيخ شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢هـ • مطبوع مع المغنى لابن قدامة • دار الكتاب العربى للتوزيع والنشر والنشر بيروت — لبنان •

٤ — شرح منتهى الارادات : تأليف العلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١هـ • دار الفكر •

٥ — الكافى فى فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل : تأليف شيخ الاسلام محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى • الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م المكتب الاسلامى •

٦ — كشاف القناع عن متن الاقناع : للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م •

٧ — المبدع فى شرح المقنع : تأليف الفقيه أبى اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤هـ • المكتب الاسلامى •

٨ ــ المغنى : للعلامة أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٢٠هـ ــ دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان .

(هـ) الفقه الظاهرى :

١ ــ المحلى : تأليف الامام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ . دار الآفاق الجديدة . بيروت ــ لبنان .

(و) الفقه الزيدى :

١ ــ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : للامام المهدى لدين الله أحمد بن يحى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ . مطبعة السنة المحمدية ١٩٤٨ ــ ١٩٤٩م ، ومؤسسة الرسالة بيروت ــ لبنان .

٢ ــ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : لشيخ الاسلام محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ . دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان الطبعة الأولى ٥ى١٤٠هـ ــ ١٩٨٥م .

(ز) الفقه الامامى :

١ ــ تذكرة الفقهاء : للعلامة الحسن بن يوسف المطهر المعروف بالحلى المتوفى سنة ٧٢٦هـ .

٢ ــ الروضة البهية شرح الدمشقية : للامام زين الدين بن على بن أحمد بن محمد الجبعى العاملى المتوفى سنة ٩٦٥هـ . مطبعة الآداب فى النجف الأشراف الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ ــ ١٩٦٨م .

٣ ــ شرائع الاسلام فى الفقه الاسلامى الجعفرى : تأليف جعفر بن الحسن بن أبى زكريا بن سعيد الهزلى . منشورات دار مكتبة الحياة بيروت ــ لبنان ١٩٧٨م .

٤ ــ شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام : تأليف : أبوالقاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى المتوفى سنة ٦٧٦هـ . منشورات دار الأضواء الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ ــ ١٩٨٣م .

٥ ــ فقه الامام جعفر الصادق عرض واستدلال • دار مكتبة الهلال بيروت ــ لبنان •
٦ ــ المسالك : تأليف العلامة زين الدين على بن أحمد المتوفى سنة ٩٦٦هـ •
٧ ــ مفتاح الكرامة : تأليف العلامة محمد جواد بن محمد الحسينى المتوفى سنة ١٢٢٦هـ مطبعة الشورى القاهرة ١٣٢٦هـ •

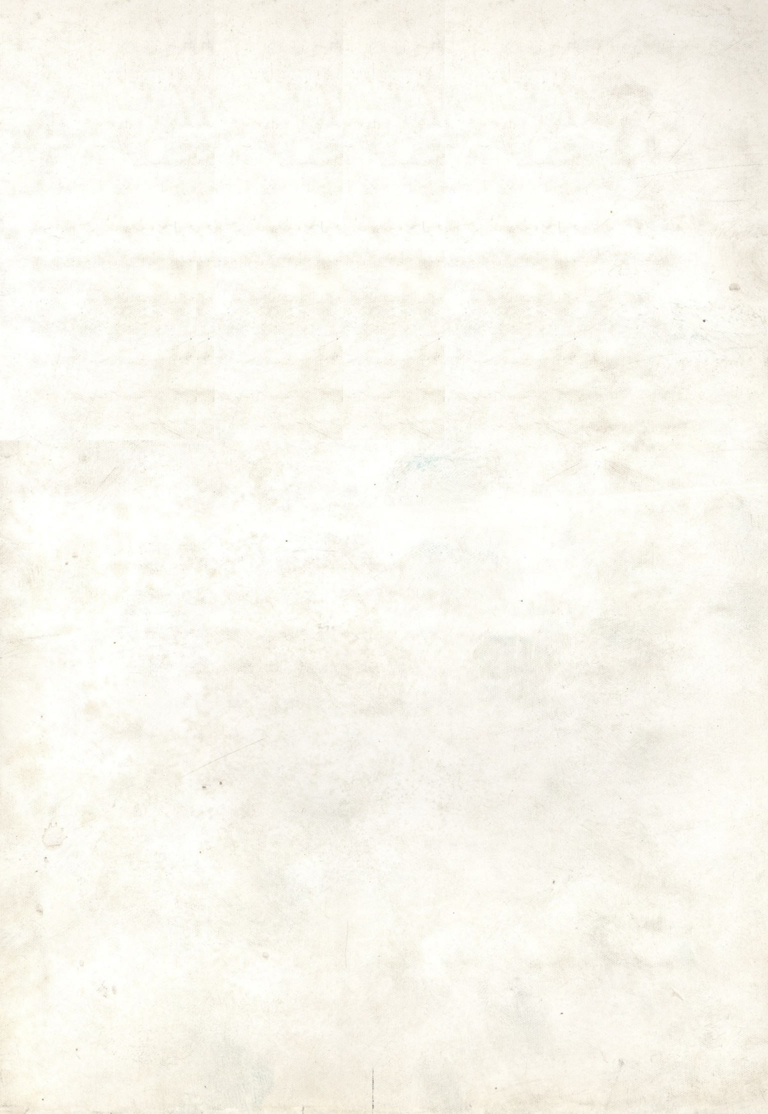
رابعا : كتب اللغة :

١ ــ أساس البلاغة : تأليف جاد الله أبى القاسم محمود بن عمر الزمخشرى • دار صادر بيروت ١٣٨٥هـ ــ ١٩٦٥م •
٢ ــ تاج العروس من جواهر القاموس تأليف : محب الدين أبى الفيض السيد محمد مرتضى الحسينى الواسطى • الطبعة الأولى ١٣٠٦هـ • المطبعة الخيرية بمصر •
٣ ــ القاموس المحيط : تأليف نجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى المتوفى سنة ٨١٧هـ • مؤسسة الحلبى للنشر والتوزيع بمصر •
٤ ــ لسان العرب : تأليف أبو الفضل جمال الدين محمد بن الامام جلال الدين أبى العزم بن الشيخ نجيب الدين المعروف بابن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ • طبعة دار المعارف •
٥ ــ مجمل اللغة : تأليف أبى الحسن أحمد فارس بن زكريا اللغوى المتوفى سنة ٣٩٥هـ • مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع •
٦ ــ مختار الصحاح : تأليف الامام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى • المطبعة الأميرية بالقاهرة بمصر ١٣٣٨هـ ــ ١٨٢٠م
٧ ــ المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى : تأليف أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠هـ • المكتبة العلمية بيروت ــ لبنان ، وطبعة دار المعارف •

المحتـــوى

رقم الايداع بدار الكتب ٦١٩٢ / ١٩٩٠





جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة
علمية شرعية قانونية محكمة

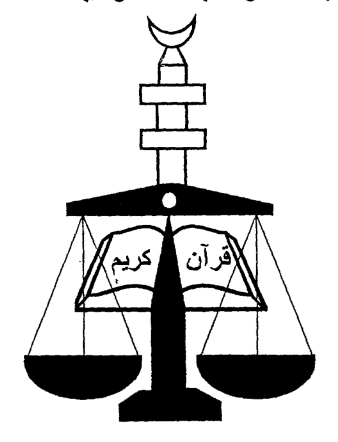


العدد الثانى عشر - الجزء الأول
١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط



مجلة
علمية شرعية قانونية محكمة



العدد الثانى عشر
الجزء الأول
١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م



قال تعالى: ﴿ إنما يخشى الله من عباده العلماء ﴾.

ﷺ

وقال رسول الله ﷺ :" من يرد الله بـــه خـــيراً

يفقهه فى الدين " متفق عليه.

أسرة التحرير

هيئة تحكيم المجلة: للمجلة هيئة تحكيم دائمة على النحو التالى :

أولاً: الفقه:

١- أ.د./ محمد عبد العزيز العزب عزام
٢- أ.د./ محمد أحمد الدهمى
٣- أ.د./ محمود على أحمد إبراهيم
٤- أ.د./ يوسف محمد قاسم
٥- أ.د./ نصر فريد محمد واصل
٦- أ.د./ يس شاذلى شاذلى

ثانيا: أصول الفقه:

١- أ.د./ محمد محمد عبداللطيف جمال الدين
٢- أ.د./ عبد الجليل سعد القرنشاوى
٣- أ.د./ عبد الفتاح حسينى الشيخ
٤- أ.د./ رمضان عبد الودود عبد التواب
٥- أ.د./ صبرى محمد عبد الله معارك
٦- أ.د./ عثمان محمد عثمان
٧- أ.د./ عيسى عليوة زهران

ثالثا: الفقه المقارن:

١- أ.د./ محمد رأفت عثمان درويش
٢- أ.د./ محمود عبد العكارى
٣- أ.د./ على أحمد على مرعى
٤- أ.د./ أحمد على طه ريان
٥- أ.د./ المرسى السماحى
٦- أ.د./ رشاد حسن خلى

رابعاً: القانون الخاص:

١- أ.د./ جمال طه العاقل
٢- أ.د./ عبد الرازق حسن فرج
٣- أ.د./ ثروت على عبد الرحيم
٤- أ.د./ نزيه صادق المهدى
٥- أ.د./ عبد الحكيم السيد أحمد شرف

خامساً القانون العام:

١- أ.د./ جعفر عبد السلام على ٢-أ.د./ سامح السيد أحمد إبراهيم

٣- أ.د./ إسماعيل إبراهيم حسين البدوى ٤- أ.د./ فؤاد محمد النادى

٥- أ.د./ محمود نجيب حسنى



افتتاحية العدد

" الحمد لله العلى الأكرم، الذى" علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم" وصلى الله على من أوتى جوامع الكلم، سيدنا محمد شمس العلوم ، ومنبع الحكم، وعلى آله وصحبه وسلم"

أما بعد ــ أيها القارئ الكريم ــ فبين يديك العدد الثانى عشر من مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، وهو يتضمن طائفة من البحوث المقارنة فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية جادت بها قرائح بعض أعضاء هيئة التدريس بالكلية وغيرهم، وهى بحوث محكمة تحكيما علميا دقيقاً، سعياً منا وراء الجودة والاتقان.

والله ﷻ نسأل أن تكونَ هذه البحوث إثراء للمكتبة الشرعية والقانونية ، كما نسأله ــ تعالى ــ التوفيق إلى ما يحبه ويرضاه، إنه سميع الدعاء .

عميد الكلية ورئيس التحرير

أ.د./ عبد القادر محمد أبو العلا

محتويات الجزء الأول

أحكام الحضانة
فى الفقه الإسلامى
دراسة مقارنة

إعـــداد

الدكتور / أحمد عبد الحى

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، أحمده وأشكره على آلائه راجيا الزيادة.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له عالم الغيب والشهادة.

وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبده ورسوله المرسل رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه نجوم الهدى ومصابيح الرشاد صلاة وسلاما أرجو بهما فى الدارين قربه وامداده.

وبعد ،، ،،

فهذا بحث أجمع فيه مسائل الحضانة وما يتعلق بها من أحكام فى الفقه الإسلامى والذى دعانى إليه هو ما يحدث من نزاع واختلاف فى حضانة الولد عند افتراق الزوجين بسبب عدم معرفة الغالبية العظمى من الناس بهده الأحكام، وعدم تيسر معرفتها راجع إلى عدم التفقه فى الدين، وحتى من يرغب فى معرفة ذلك لا يستطيع لعدم قدرته على سبر أغوار الأمهات من كتب الفقه لعدم إلمامه بأساليبها أو لعدم توافرها.

لذا فقد استخرت الله سبحانه، واستعنت به فى أن أكتب هذا البحث - المتواضع - أجمع فيه كل ما يتعلق بالحضانة من أحكام عند افتراق الأبوين والصبى صغير أو زمن أو مجنون حتى يبلغ عاقلاً فترتفع عنه الحضانة ويستقل بأموره ـ راجيا أن يوفقنى الله فى ذلك فهو حسبى ونعم الوكيل.

وقد قسمت هذا البحث إلى تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة.

أما التمهيد فذكرت فيه تعريف الحضانة وحكمها، ومتى تتعين، ومن تثبت عليه ومن لا تثبت.

وأما الفصل الأول فقد تحدثت فيه عن شروط استحقاق الحضانة وقسمته إلى خمسة مباحث:-

المبحث الأول : القدرة على الحضانة.

المبحث الثانى : أمانة الحاضن.

المبحث الثالث : إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: السفر وأثره فى سقوط حضانة الأنثى.

وأما الفصل الثانى: فقد تحدثت فيه عن مراتب المستحقين للحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: انفراد النساء بالحضانة.

المبحث الثانى: انفراد الرجال بالحضانة.

المبحث الثالث: اجتماع الرجال والنساء.

وأما الفصل الثالث: فقد تحدثت فيه عن نفقة المحضون وأجر الحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نفقة المحضون.

المبحث الثانى: رضاع المحضون.

المبحث الثالث: أجرة الحضانة والمسكن.

وأما الخاتمة ــ نسأل الله حسنها ــ فقد ذكرت فيها أهــم النتــائج التى خرجت بها من البحث، وأخيرا ذكرت أهم مصادر البحث ثم فـهرس عام للموضوعات.

وبعد :

فقد بذلت فى هذا البحث قصارى جهدى فإن أكن قد وفقت فمن الله وله الحمد وإن كانت الأخرى فحسبى أننى بشر قد أجتهد فأخطأ فيكـــون لى أجر المحاولة، والله أسأله أن ينفع بما فى هذا البحث كل مــن يقــرأه وأن يغفر لى ما فيه من هفوات.

(ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير)

دكتور/

أحمد عبد الحى محمد

تمهيد

أولاً: تعريف الحضانة:

١- تعريفها في اللغة:

للحضانة في اللغة معنيين:

الأول:

جعل الشئ في ناحية، يقال حضن الرجل الشئ أي اعتزله وجعله في ناحية منه، وحضن فلاناً عن حاجته حبسه ومنعه[١].

الثاني:

الضم إلى الجنب يقال حضنته إذا ضممته إلى جنبك، وهي مأخوذة من الحضن (بالكسر) وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل الصدر والعضدان والجمع أحضان، والاحتضان هو احتمالك للشئ وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها.

ومن ذلك حضن الطائر بيضه وعلى بيضه إذا وجن عليه وضمه إلى نفسه تحت جناحه للتفريخ، وحضن الصبي يحضنه حضناً إذا رباه.

والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه.

كما يسمى المكان الذي يحضن فيه الولد محضن، والحضانة بالفتح فعلها[٢].

---

(١) القاموس المحيط ٢١١/٤، بدائع الصنائع ٤٠/٤.

(٢) المصدرين السابقين، المعجم الوسيط ١٨٨/١، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٢٦٩/٢، البحر الرائق ١٧٩/٤، ١٨٠، مواهب الجليل ٢١٤/٤، المبدع في شرح المقنع ٢٣٠/٨، شرح الكنز ١٨٤/١.

تعريفها في الاصطلاح:

وردت الحضانة[1] عند الفقهاء بألفاظ مختلفة نذكر منها:

للحنفية[2]: أنها ضم الأم ولدها إلى جنبها وإعتزالها إياه من أبيه ليكـون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.

وللمالكية[3]: هى حفظ الولد والقيام بمصالحه فى مبيته وذهابه ومجيئـه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.

وللشافعية [4]: هى تربية الطفل ومراعاة مصالحه فى وقـت يعجـز ولا يميز بين ضرها ونفعها وذلك فيما دون سبع سنين.

وللحنابلة[5]: هى حفظ صغير ومعتوه ومجنون عما يضرهـم وتربيتـهم بعمل مصالحهم من غسل بدنهم ودهنهم وربط طفـل بمـهد وتحريكه لينام ونحوه.

وللزيدية[6]: هى حفظ المولود وتربيته.

بعد أن ذكرنا تعاريف الفقهاء للحضانة فإننا نلاحظ الآتى:

---

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الحضانة والكفالة إذ هما بمعنى واحد خلافاً للشـافعية حيـث يجعلون الحضانة هى الحفظ والاصلاح فيما قبل بلوغ الصبى سبع أو ثمان سنين والكفالة هى حفظه فيما بعد ذلك.

(٢) البدائع ٤/٤٠.

(٣) مواهب الجليل ٤/٢١٤.

(٤) الحاوى الكبير ١١/٤٩٨.

(٥) شرح منتهى الارادات ٣/٢٦٣.

(٦) البحر الزخار ٤/٢٨٤.

أ- جميع هذه التعاريف اتفقت مع التعريف اللغوى فى معناه الثانى فى جعل الحضانة هى الضم إلى الجنب وإن زادت عليه بعض القيود.

ب - أن تعريف الحنفية يوهم أن الحق فى الحضانة مقصور على الأم وهو غير مراد إذ الحضانة كما تكون للأم تكون لغيرها عند عدمها أو سقوط حقها.

كما أنه التعريف الوحيد من التعاريف الفقهية الذى يتوافق مع المعنيين اللغويين للحضانة ثم إنه التعريف الوحيد الذى يجعل للحاضنة الاعتزال بالطفل بعيداً عن أبيه أما غيره فلم يشر إلى ذلك.

جـ- أما تعريف الشافعية فيؤخذ عليه أنه قصر الحضانة على ما دون السبع، أما الرعاية والحفظ بعد السبع فيسمونه كفالة مع أن كلا منهما رعاية وحفظاً أياً كان المسمى.

لذلك فإننى أرى أن الأولى فى تعريف الحضانة أن نقول هى حفظ الولد ورعايته والقيام بما يصلحه فى كل أموره.

ثانيا: حكم الحضانة:

أجمع أهل العلم[١] على أن حضانة الأطفال الصغار فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين[٢] وإنما كانت الحضانة بالنسبة لهم فرضاً لأنهم خلق ضعيف يفتقرون إلى من يكفلهم ويربيهم حتى يقوموا

---

(١) نقل هذا الإجماع عن ابن رشد يراجع مواهب الجليل ٢١٤/٤.

(٢) رد المحتار ٦٧٠/٢ ، مواهب الجليل والتاج ٢١٤/٤.

بأنفسهم، ولأن في تركهم بدون كافل مظنة الهلاك، فكان حفظهم عن الهلاك واجباً، كما كان الإنفاق عليهم واجباً(١).

ثالثاً: تعيين الحضانة:

إذا تعدد المستحقين للحضانة فإنها لا تتعين على أحد بل تكون واجباً كفائياً إذا قام به البعض سقط عن الباقين(٢).

أما إذا انفرد المستحق للحضانة فمما لا خلاف عليه أنها تتعين عليه كان قريباً للمحضون أو أجنبياً عنه.

وأول من تتعين عليه هو الأب حيث اتفق الفقهاء على أنه يجبر على نفقة الولد ويجب عليه إمساكه وحفظه وصيانته إذا استغنى عن النساء لأن ذلك حق للصغير عليه فإذا امتنع عنه أجبر عليه.

كما تتعين الحضانة على الأم، إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون للصغير أب أو ذي رحم محرم وأن يكون ذلك في حولي رضاعه ولا مال له، أو يكون له مال لكنه لا يقبل ثدي غيرها، فإذا توافرت هذه الشروط تعينت الحضانة عليها فإن امتنعت فإنها تجبر عليها حتى لا

---

(١) لا فرق في وجوب الحضانة بين حال قيام النكاح وبعد انتهائه إذ تربية الولد ورعايته تسمى حضانة في كلا الحالين غير أن الغالب أن لا يحدث الخلاف بين الزوجين على تربية الولد إلا بعد الافتراق فاحتيج إلى معرفة أحكامه فعند إطلاق لفظ الحضانة فإنه ينصرف إلى تربية الولد ورعايته بعد افتراق الزوجين ، حاشية رد المحتار ٦٣٣/٢.

(٢) فإذا وجد جماعة طفلاً منبوذاً فإنه يجب عليهم التقاطه وحضنه ويكفي أن يقوم بذلك واحد كسائر فروض الكفاية ــ الفواكه الدواني ١٠٢/٢.

يضيع الولد[1] أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فقد اختلف فى جبرها على قولين:

الأول:

لا تجبر عليها[2] وذلك لأمرين **أحدهما:** أن الحضانة حق لها والإنسان لا يجبر على استيفاء حقه، **وثانيهما:** أنها قد تعجز عنها فتكون فى جبرها عليها تكليف لها بما لا تطيق وهو مدفوع.

الثانى:

تجبر عليها لان حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا القولين نجد أن هذا الخلاف لا يترتب عليه كبير أثر إذ من قال لا تجبر لأن الحضانة حقها قوله محمول على ما إذا لم تتعين، واقتصر على جعل الحضانة حقها لأن المحضون لم يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها.

ومن قال تجبر لأن الحضانة حق المحضون فهو محمول على ما إذا تعينت، واقتصر على أنها حق للمحضون لعدم وجود من يحضنه

(١) نقل هذا القول عن بعض الحنفية وعليه الفتوى ـ كما قال به الشافعية والحنابلة والزيدية ـ البحر الرائق ١٨٠/٤ ، قليوبى وعميرة ٩١/٤، المغنى ٢٢٤/٧، السيل الجرار ٤٤٠/٢، فتح القدير ٣٦٨/٤.

(٢) هو اختيار السمرقندى والهندوانى من الحنفية ـ منحة الخالق مع البحر ١٨٠/٤ ، فتح القدير ٣٦٨/٤.

غيرها، وبناء عليه فإن الأم لا تجبر على الحضانة إلا إذا تعينت لتضرر الصبي بتركها.

رابعاً: من تثبت عليه الحضانة ووقت ثبوتها:

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد فإن كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً ثبتت حضانته لمن هم مشفقون عليه، أما البالغ العاقل الرشيد فلا حضانة عليه لأحد لاكتفائه بنفسه واستغنائه عن أحد يكفله وهو مأمون فلم يكن لأحد عليه سبيل.

أما الصغير والمجنون فإنما ثبتت الحضانة عليهم لعجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم فكانوا فى حاجة إلى من ينظر إليهم ويقوم بمصالحهم حتى لا يهلكوا أو يضيعوا.

وإذا ثبتت الحضانة عليهم فإنها تستمر إلى أن يبلغ الصغير ويعقل المجنون[1].

وإنما توقت هذا الحق بالبلوغ لأن الولاية على الصغار تزول بالبلوغ كولاية المال، ولأنه يكتفي بنفسه عند كمال التمييز والقوة فتزول عنه الكفالة.

هل يخلى سبيل المحضون بمجرد البلوغ؟

يفرق بين الذكر والأنثى.

---

(١) البدائع ٤٣/٤، التاج والإكليل ٢١٤/٤، الحاوي ٥٠٠/١١، ٥٠٩ المغنى ٦١٤/٧، المحلى ٣٣١/١٠.

فإذا كان المحضون ذكرا فإن بلغ عاقلاً واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فإنه يخلى سبيله فيذهب حيث شاء ويكون له الخيار فى الاستقلال بنفسه أو المقام عند من شاء من أبويه.

لكن يستحب له عدم مفارقتهما حتى لا يقطع بره بهما.

أما إن بلغ وكان غير مأمون عليه، فإن للأب ولغيره من العصبات أن يضمه إلى نفسه ولا يخلى سبيله[1]، كي لا يكتسب شيئا يضره، ولأن للأب ولاية ماله عند بلوغه مبذراً فكان له أن يضمه إلى نفسه إما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه لأنه يعير بفساد ولده، ولأن الله يقول ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾[2] ولأن ذلك من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، والمنع من فعل المنكر واجب على كل من قدر عليه لا سيما من يلحقه عاره.

ويرى الشافعية فى المذهب[3] أن له أن يسكن حيث شاء حيث لا ريبة وولاية ماله للأب ما لم يكن أمرداً.

<u>أما إن كان المحضون أنثى</u> فقد اختلف العلماء فى جواز استقلالها بنفسها بالبلوغ كالذكر وعدم استقلالها وحاصل خلافهم يتمثل فيما يأتى:

---

(١) البحر الرائق ١٨٦/٦، المبسوط ٢١٢/٥، رد المحتار ٦٤١/٢.

(٢) بعض آية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الاقناع وتقريرات للشيخ عوض عليه ١٩٧/٢.

١-يرى الشافعية:

أن الأولى أن تكون عند أحد أبويها حتى تتزوج لأنه أبعد عن التهمة ولها أن تسكن حيث شاءت مع الكراهة[١] وذهب ابن حزم إلى جواز استقلالها بغير كراهة[٢].

يقول ابن حزم ولا معنى للفرق بين الذكر والأنثى فى ذلك ولا لمراعاة زواج الابنة لأنه شرع لم يأذن به الله وقد تزوج وهى فى المهد وقد لا تتزوج وهى بنت تسعين سنة ورب بكر أصلح وأنظر من ذوات الأزواج، وبضرورة الحس يدرى كل أحد أن الزواج لم يزدها عقلاً لم يكن ولا صلاحاً لم يكن.

ويمثل ما ذهب إليه الشافعية قال الحنفية[٣] فى الثيب إذا لم تكن ريبة لأن ولاية الأب قد زالت بالبلوغ، ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال: " ليس للولى مع الثيب أمر "[٤].

أي فى التفرد بالسكنى، ولان ثبوت الولاية عليها كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت فى السن واجتمع لها رأى وعقل.

---

(١) هذا فى البكر فقط أما الثيب فلا كراهة فى انفرادها إذا لم تكن ريبة، روى عن الشافعى قال أكره للجارية– ويراد بها البكر، أن تعتزل أبويها حتى تتزوج لئلا يسبق إليها ظنه أو تتوجه إليها تهمة ، الحاوى الكبير ١١/٥٠٠، ٥٠١ المجموع ٢/٢٢١، الاقناع ٢/١٩٧.

(٢) المحلى ١٠/٣٣١.

(٣) بدائع الصنائع ٤/٤٣، المبسوط ٥/٢١٢.

(٤) الحديث: أخرجه أبو داود فى السنن ٢/٢٣٩، السنن الكبرى للبيهقى ٧/١١٨.

وذهب المالكية[١] والحنابلة[٢].

إلى أن الأنثى لاتنفرد ولا يخلى سبيلها أحبت أم كرهت حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ولأبيها منعها وإن كانت مأمونة على نفسها إذ هى مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال ولا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها.

وإن لم يكن لها أب كان لوليها منعها من ذلك وضمها إلى نفسه.

وذهب الحنفية إلى أن الأنثى البكر إذا كانت غير مأمونة على نفسها وكذلك الثيب إذا كانت حديثة السن لا تستقل بنفسها وتظل فى ولاية الأب أو الجد[٣] إذ فى تركها بغير ولاية تعريض لها للفتنة وفى ذلك من الضرر ما فيه.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء فى استقلال الذكر والأنثى بنفسه بعد البلوغ أو عدم استقلاله فإنى أرى أن للذكر إن كان مأمونا عليه لبلوغه عاقلاً رشيداً الاستقلال بنفسه فيسكن حيث شاء لكن يستحب له أن لا يقطع بره عن أبويه جميعاً سواء سكن مع أحدهما أو استقل عنهما، أما إن بلغ غير رشيد أو كان غير مأمون عليه لكونه أمرداً فإنه لا يستقل

---

(١) التاج والإكليل ٢١٤/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

(٢) المغنى ٦١٤/٧.

(٣) أما غيرها من العصبات فلا يمكن من ضمها إلا إذا كان مأمونا عليها فإن لم يكن كان للقاضى أن يضمها إلى امرأة أمينة عليها قادرة على حفظها أو يخليها تنفرد بالسكنى عند الأمن عليها. منحة الخالق والبحر الرائق ١٨٦/٤، المبسوط ٢١٢/٥.

بنفسه بل يجبر على المقام مع أحدهما أو مع أحد العصبة المأمونين وذلك لمنع الفتنة ودفع الضرر عنه وعن من يلحقه عاره.

أما الأنثى فإن بلغت رشيدة ثيباً كانت أم بكراً فإن الأولى أن تكون عند أحدهما لأنه أبعد للتهمة ويتأكد ذلك إن كان ثم ريبة فى استقلالها حيث تجبر على المقام مع أحدهما أو مع وليها من العصبة إن كان محرماً لها، ويصدق الولى بيمينه فى دعوى الريبة ولا يكلف البينة لأن اسكانها فى موضع البراءة أهون من الفضيحة.

فإن لم يكن أحد من أوليائها كان للحاكم أن يمنعها من الاستقلال ويسكنها حيث يشرف على أمرها أو يضعها عند امرأة مأمونة.

الفصل الأول

شروط استحقاق الحضانة[1].

يشترط فى مستحق الحضانة جملة من الشروط، إذا توافرت كان على حقه فى حضانة الطفل وإذا عدمت أو منع منها مانع سقط حقه فيها، وهذه الشروط منها ما هو محل اتفاق ومنها ما هو محل اختلاف ونتعرض لدراسة هذه الموانع فى جملة من المباحث.

المبحث الأول: أن يكون قادرا عليها.

المبحث الثانى: أن يكون أمينا.

المبحث الثالث: إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: عدم السفر للمحضون.

(١) إن قام بأحد المستحقين للحضانة ما يمنعه عنها، كالجنون والصبى أو العاهة، أو العجز أو الكفر أو زواج المرأة بغير ذى محرم من المحضون أو سفر الحاضن ونحو ذلك من كل ما يمنع من الحضانة فعند زواله يعود إلى حقه فيها، فلو عقل المجنون وبلغ الصبى وأسلم الكافر وعاد المسافر وطلقت المرأة فإنه يعود حقهم فيها. البدائع ٤٢/٤، مواهب الجليل ٢١٧/٤، المهذب ١٦٩/٢، الكافى ٣٨٤/٣، السيل الجرار ٤٣٩/٢.

المبحث الأول

القدرة على الحضانة

إذا فقد المستحق للحضانة الأهلية أو كان غير قادر عليها فإنه يسقط حقه فيها، وفقدان الأهلية يتمثل فى عدة أمور نبحثها فى المطالب الآتية:

المطلب الأول

الجنون والصغر

يشترط فى مستحق الحضانة أن يكون عاقلاً [(١)] فإن كان مجنوناً مطبقاً أو كان بحيث يجن أحيانا ويفيق فى أحيان أخرى أو كان صبيا ولو مميزاً فلا حق له فى الحضانة " وكذا كل من بعقله نقص يمنعه من القيام بحق المحضون فلا حق له فى الحضانة لعدم أهليته، ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى[(٢)].

وذلك لأن الحضانة ولاية ومن به جنون ليس من أهلها، وكذلك الصبى ليس من أهلها ثم إن الصبى والمجنون فى حاجة إلى من يكفلهما فلم يجز أن يكون واحداً منهما كافلا.

---

(١) كما يشترط هذا الشرط فى الابتداء فإنه يشترط للدوام والاستمرار فإن جن حال قيامه بالحضانة سقط حقه فيها.

(٢) رد المحتار ٦٣٣/٢، منحة الخالق ١٧٩/٤، التاج والاكليل ٢١٦/٤ ، الشرح الكبير مع الدسوقى ٥٢٨/٢، حاشية قليوبى وشرح المحلى ٤/ ٩٠ ، المغنى ٦١٢/٧، السيل الجرار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣، تكملة المجموع ٢٢٢/٢٠.

ثم إنه يخشى على الصبى من جنونه فكان فى ثبوت الحضانة لـــه ضرراً بالصبى وهو ممنوع لمخالفته لشرعية الحضانة حيـــث شــرعت لمصلحة الصبى لا لضرره.

المطلب الثانى

العاهة المضرة

إذا كان مستحق الحضانة به عاهة يخشى منها علـــى المحضـــون كفاحش الجزام والبرص وشبههما من كـــل مـــرض يخشـــى أن يلحـــق المحضون بسببه الضرر سقط حقه فى حضانة الصبى(١).

إذ هى ما ثبتت إلا لمصلحة الصبى، فإذا قلنا بأحقيته فى حضانـــة الطفل مع تحقق الضرر لكان ثبوتها مخالفاً لشرعيتها وهو ممتنع.

(١) التاج والإكليل ٢١٦/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢، الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ١٩٦/٢.

المطلب الثالث

العجز عن القيام بحق المحضون

يشترط فيمن له الحق فى الحضانة أن يكون قادراً على القيام بشأن المحضون من كل ما يصلحه ويعود عليه بالنفع ، فإن كان عاجزاً عن ذلك سقط حقه فيها[1] وأوجه العجز كثيرة نذكر منها:

أ- المرض:

فإذا كان من له الحق فى الحضانة مريضاً مرضاً يشغله عن أحوال المحضون كالفالج والسل وشبههما سقط حقه فى الحضانة لقصوره عن مراعاة المحضون وتربيته، هذا إذا كان يقوم بمصالحه بنفسه، فإن كان له من يقوم بمصالحه، ويمكنه مراعاة الصبى فلا يسقط حقه فيها لعدم تضرر الصبى بذلك.

هذا عن المرض الدائم، أما المرض الطارئ الذى يرجى زواله فلا يعد مانعاً له عن حق الحضانة لأن ذلك لا يعد عجزاً مستمراً.

ب- الهرم:

إذا كان من له حق الحضانة شيخاً فانياً أو أنثى تقدمت بها السن وليس لهما من يقوم بمصالحهما فلا حق لهما فى حضانة الطفل لعجزهما إذ من بلغ هذا المبلغ لا يستطيع القيام بأمور نفسه فكيف

(١) رد المحتار ٦٣٣/٢، منحة الخالق ١٧٩/٤/ ١٨١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٥٢٨/٢، الحاوى ٥٠٢/١١ ، الاقناع ١٩٦/٢، قليوبى ٩٠/٤.

يقوم بأمور غيره، أما إن كان عندهما من يقوم بهما ويرعى شئونهما فلا يسقط حقهما فيها لعدم لحوق الضرر بالصبى.

جـ العمى والصمم:

إذا كان الحق فى الحضانة لأعمى أو أصم وأمكنهما حفظ الطفل ورعايته بقيا على حقهما فيها لعدم العجز، وإن لم يمكنهما تدبر أمورهما بأنفسهما ولم يكن لهما من يقوم بهما فلا حق لهما فيها لعجزهما عن حفظ الصبى ورعايته، لأن من لايرعى نفسه كيف له أن يرعى غيره.

وللشافعية[1] فى حضانة الأعمى قولان: أحدهما وهو الظاهر عدم سقوط حضانته مطلقا كان متمكنا من حفظ الطفل أولاً، له من يقوم بمصالحه أولاً.

والثانى : سقوط حضانته بكل حال.

والأولى هو التفريق بين من يمكنه رعايته وحفظه فيبقى على حقه ومن لا يمكنه ذلك فلا يحق له.

(١) قليوبى ٩٠/٤، الاقناع ١٩٦/٢.

المبحث الثاني

أمانة الحاضن

يشترط في المستحق للحضانة أن يكون أمينا، فإن كان فاسقاً بأن كان غير مؤتمن على المحضون.

فقد اختلف الفقهاء في سقوط حضانته وفيما يفسق به وبيان ذلك في مطلبين:-

المطلب الأول

ما يعد فسقا تسقط به الحضانة

اختلفت عبارات الفقهاء فيما يعد فسقاً يسقط عدالة المستحق للحضانة إلا أنها جميعاً لا تخرج عن أن المراد بالفسق هو ما يتضرر به الولد وإليك بعض من آرائهم.

فالحنفية يرون:

أن الفسق الذي يسقط الحق في الحضانة هو فسق يضيع الولد به، وهو باطلاقه ينتظم جميع أنواع الفسق من زنا[1] وسرقة وغناء ونياحة حتى لو تركت الصلاة، إذ كل ذلك فسق يضيع به الولد فيسقط حق صاحبه في الحضانة.

---

(١) قصره بعض الحنفية على الزنا لإنشغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل أما غيره فلا، لأن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان فالفاسقة المسلمة أولى، والأصح عدم قصر الفسق على الزنا، لأن الذمية إنما تفعل ما تفعل مما يوجب الفسق عندنا على جهة اعتقاده دينا لها فلا يلحق بها الفاسقة المسلمة، منحة الخالق على البحر ١٨١/٤، حاشية ابن عابدين ٦٣٣/٢، ٦٣٤، حاشية الطائي مع شرح الكنز للعيني ١٨٤/١.

وقريب من هذا ما ذهب إليه المالكية حيث يرون أن الفسق كما يكون بالزنا يكون بالشرب والغناء وكل لهو محرم يقول الدردير[١] عند بيان شروط الحضانة والأمانة فى الحاضن أماً أو أباً فى الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم.

فالمراد بالأمانة عندهم حفظ الدين، وإن كان فى الأصل حفظ المال والدين معاً.

ويرى الشافعية[٢] أن الفاسق هو من ارتكب كبيرة كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر، والزنا سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه، أو أصر على صغيرة، كما يعد تارك الصلاة فاسقاً عندهم غير أنهم يقولون يكتفى فيمن يستحق الحضانة بعدالة الظاهر فقط فلا يكلف الثبوت عند القاضى[٣].

وخلاصة أقوال الفقهاء فى هذا الأمر أنه يشترط عدم فسق الحاضن وأن الفاسق هو من يخشى أن يلحق ضرره بالمحضون والذى يرتكب الزنا أو السرقة أو الشرب يخشى ضرره على المحضون كما أن من يديم الغناء أو الرقص وكل لهو محرم يخشى ضرره على المحضون، كما أن تارك الصلاة يخشى ضرره على المحضون وبالتالى

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

(٢) المهذب ٣٢٤/٢، قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٩٠/٤ تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ١٩٥/٢.

(٣) فلو ادعى أحدهما فسق صاحبه لينفرد بالحضانة باسقاط حق الآخر لم يقبل قوله ولم يكن له إحلافه عليه، ويظل على ظاهر العدالة حتى يقيم مدعى الفسق بينة عليه. الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، الحاوى الكبير ٥٠٣/١، ٥٠٤.

يسقط حق من اتصف بشئ من ذلك فى حضانة الطفل لعدم عدالته عند الجمهور من أهل العلم.

المطلب الثانى

الخلاف فى سقوط حضانة الفاسق

يرى جمهور أهل العلم[1] اشتراط عدالة المستحق للحضانة فإن كان فاسقاً سقطت حضانته ولو كان أباً أو أماً، وإذا سقطت حضانته لفسقه انتقلت إلى من يستحقها بعده وذلك لأن الحضانة من باب الولاية، والعدالة شرط فى استحقاق الولاية، فكانت شرطاً فى استحقاق الحضانة.

ولأن من كان بهذه الصفة ـ الفاسق ـ لا يوفى الحضانة حقها، ثم إنه لاحظ للولد فى حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقته، إذ ربما اقتدى الولد بفساده لاقترانه به ونشوئه معه.

كما أن الفاسق عادل عن صلاح نفسه فكان بأن يعدل عن صلاح غيره أشبه.

وذهب ابن حزم الظاهرى[2] إلى أن للأم الفاسقة الحق فى حضانة الصغير مدة الرضاع، فإذا بلغ مبلغ الفهم والاستغناء فلا حضانة لها لقوله تعالى: ﴿ **وذروا ظاهر الإثم وباطنه** ﴾[3].

---

(١) منحة الخالق ١٨١/٤، رد المحتار والدر المختار ٦٣٣/٢، ٦٣٤، التاج والاكليل ٢١٦/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

(٢) المحلى ٣٢٣/١٠.

(٣) بعض آية ١٢٠ من سورة الأنعام.

وقبل أن يصل إلى حد الفهم لا اثم، وعند بلوغه حد الفهم يجب نزعه عنها لأن فى ذلك ترك لظاهر الإثم وباطنه.

وذهب الحنابلة فى رواية وهو قول الشوكانى والصنعانى[1] إلى أنه لا يشترط عدالة الحاضن فلا تسقط حضانته بفسقه، لأن العدالة معتبرة فيما اعتبره الشرع لا فى كل أمر، واعتبارها فى الحضانة حرج عظيم وتعسير شديد إذ غالب النساء يتساهلن فى كثير من الأمور الدينية، فلو كانت العدالة معتبرة فيهن ومسوغة لنزع أولادهن من أيديهن لم يبق صبى بيد أمه إلا فى أندر الأحوال وفى ذلك ضرر بالصبى بنزعه عمن يرعى مصالحه، وضرر بالأم بتوليهها بولدها وهو منهى عنه[2]. ولأنه مخالف لما عليه أهل الإسلام سابقهم ولاحقهم.

الترجيح :

بعد هذا العرض الموجز لهذه الآراء وأدلتها أرى أن أولاها بالقبول هو ما عليه الجمهور من إشتراط عدالة الحاضن وعدم فسقه غير أنه يجب أن يفرق بين فسق يتضرر به الصبى كان يكون من له الحضانة مشتهراً بارتكاب الفواحش كالزنا والشرب ونحوها أو أن يكون مشتهراً باستعمال اللهو المحرم من غناء ورقص حيث يسقط حقه فى الحضانة بذلك، إذ فى معاشرة من هذه صفته لحوق أشد الضرر بالصبى

---

(١) الفروع ٦١٦/٥، السيل الجرار على حدائق الأزهار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣.

(٢) ثبت ذلك من حديث يروى عن النبى ﷺ أنه قال : " لا تؤله والدة بولدها ". المصنف لعبد الرازق ١٥٣/٧، ١٥٤/ نصب الراية ٢٦٦/٣ سبل السلام ٢٢٩/٣، سنن البيهقى ٥/٨.

إذ ينشأ على طريقته، ولا مصلحة له فى أن ينشأ فاسقاً والحضانة ما كانت إلا لحظ الولد، ولا حظ له فى أن ينشأ على الفسق.

ولأن الله يقول : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** ﴾ [1] وترك الصغير مع من هذه صفته ليس تعاوناً على البر والتقوى بل تعاوناً على الإثم وهو منهى عنه.

أما إن كان فسق مستحق الحضانة بتكاسله عن الصلاة أو بارتكابه لبعض الصغائر، وكان الطفل صغيراً لم يصل إلى مرحلة الفهم والاستيعاب لما يحدث حوله فإنه لا ينزع عن حاضنه إذ لا ضرر عليه والحال هذه فى صحبته.

والله تعالى أعلم ،، ،،،

[1] بعض آية : ٢ من سورة المائدة.

المبحث الثالث

إسلام الحاضن

اختلف الفقهاء فى ثبوت الحضانة للكافر[1] على المسلم وانحصر خلافهم فى ثلاثة آراء:

القول الأول:

ذهب إليه الحنفية والمالكية وأبو ثور وأبو سعيد الأصطخرى من الشافعية[2] أن الإسلام ليس شرطا فى الحاضن ذكراً أو أنثى.

فلو كانت الأم كافرة[3] ــ كتابية أو مجوسية[4] فإنها تظل على حقها فى الحضانة ولا ينزع الصبى منها، فإن خيف أن تغذيه بخمر أو خنزير فإنها تضم إلى واحد من المسلمين ليكون رقيبا عليها ولا ينزع منها الصبى.

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

أ- روى عن عبد الحميد بن جعفر الأنصارى قال أخبرنى أبى عن جدى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبى

---

(١) لا خلاف فى جواز حضانة المسلم للكافر لما فيه من المصلحة إنما الخلاف فى حضانة الكافر للمسلم.

(٢) المبسوط ٢١٠/٥، البدائع ٤٢/٤، التاج والاكليل ٢١٦/٤ــ الدسوقى والشرح ٥٢٩/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٦، الهداية والعناية عليها مع الفتح ٣٧٢/٤.

(٣) ومثل الأم فى ذلك الجدة والخالة والأخت المجوسيات.إذا أسلم الأب.

(٤) زواج المسلم من الكتابية جائز ومتصور، أما زواج المجوسية ابتدأ فغير جائز، وتصور المسألة أن يكون الزوجان مجسويين فيسلم الزوج وتأبى الزوجة الإسلام فيفرق بينهما ويتنازعا فى حضانة الطفل.

ﷺ فقالت ابنتى وهى فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتى فقال رسول الله ﷺ اقعد ناحية وقال لها اقعدى ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت إلى أمها فقال النبى ﷺ اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها[1].

دل الحديث على ثبوت حق الحضانة للأم الكافرة وإن كان الولد مسلماً، إذ لو لم يكن لها حق لم يقعدها النبى ﷺ بينهما، ولما خيرها والتخيير دليل ثبوت الحق.

ب ـ إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة منها على الولد وذلك لا يختلف باختلاف الدين، وقد قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى[2].

جـ - إن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وهو لا يختلف بالإسلام والكفر.

القول الثانى :

أن الصبى يظل فى حضانة أمه غير المسلمة حتى يعقل الأديان[3] فإذا عقل أو خيف أن يألف الكفر، حيث تذهب به إلى معابدهم ـ فإنه ينزع منها، ولا فرق فى ذلك بين الذكر والأنثى.

---

(١) أخرجه الترمذى عن ابى هريرة وقال صحيح الاسناد ـ السنن للترمذى ٧٥/٣، نصب الراية ٢٦٩/٣، وما بعدها ، السنن لابن ماجه ٧٨٨/٢.

(٢) هو طائر طويل العنق رمادى اللون فى منقاره بعض طول يسميه أهل مصر الحبرح يضرب به المثل فى عدم المحبة. حياة الحيوان للدميرى ٣٨٣/٣، النظم المستعذب ١٤٩/١.

(٣) قيل يقدر ذلك بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦٣٩/٢.

وقد ذهب إلى هذا القول بعض الحنفية[1] وهو قريب مما ذهب إليه ابن حزم الأندلسى[2].

أما تركه فى يدها مدة الرضاع فلقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾[3]

حيث لم يفرق بين أم وأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص، أما إذا بلغ الصبى مبلغ الفهم والاستغناء فإنه ينزع منها، لأن الولد مسلم بإسلام أبيه وهى تعلمه الكفر فلا يؤمن الفتنة فى تركه عندها.

ولأن الله يقول :﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** ﴾ [4] ومن ترك الصغير أو الصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، وترك الصلاة والصيام وشرب الخمر وأكل الخنزير حتى يسهل عليهما شرائع الكفر فقد عاون على الإثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى، ومن ازالهما عن ذلك إلى حيث يتعلمان الصلاة والصيام وشرائع الإسلام فقد عاون على البر والتقوى وأدى الفرض فى ذلك.

القول الثالث: لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم ــ ذكرا أو أنثى.

---

(١) ينسب هذا القول إلى الإمام أبو بكر أحمد الرازى يراجع البدائع ٤٢/٤.

(٢) يقول ابن حزم فى المحلى ٣٢٣/١، ٣٢٤، والأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع فإذا بلغا من السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة لكافرة.

(٣) بعض الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٤) بعض الآية ٢ من سورة المائدة.

ذهب إلى ذلك الشافعية فى المذهب[١] والحنابلة[٢] والزيدية[٣].

واستدلوا لذلك بما يلى:

١- أن الله قطع الموالاة بين الكافرين والمسلمين وجعل المؤمنين بعضهم أولى ببعض وقال: ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** ﴾[٤] والحضانة ولاية لابد فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه.

٢- إن الحضانة لحظ الولد ولاحظ له فى حضانة الكافرة، فلا تشرع على الوجه الذى فيه هلاكه وهلاك دينه.

٣- إن الحضانة لا تثبت لفاسق فلأن لا تثبت لكافر أولى، لأن ضرره أكثر حيث يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر.

٤- قياس الحضانة على غيرها من الولايات حيث لا تثبت ولاية الكافر على المسلم فى النكاح وغيره كذا هذا.

المناقشة:

أولا: ناقش أصحاب القول الثالث أدلة القول الأول بما يلى:

أ- حديث عبد الحميد بن جعفر لا يصلح للاحتجاج به لعدة أمور منها[٥]:

---

(١) المهذب ١٦٩/٢، الحاوى الكبير ٥٠٣/١١، المجموع ٢٢٢/٢٠.

(٢) المغنى ٦١٣/٧، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٣) البحر الزخار ٣٨٤/٤، ٣٨٥.

(٤) بعض آية ١٤١ من سورة النساء.

(٥) المجموع ٢٢٠/٢٠، ٢٢٢، المغنى ٦١٣/٧، نيل الأوطار ٣٣٠/٦، ٣٣١، سبل السلام ٢٢٨/٣.

١- لأن عبد الحميد رمى بالقدر، وكان سفيان يضعفه وكذا الثورى ويحيى بن معين.

٢- قال ابن المنذر ـ هذا الحديث لا يثبته أهل النقل وفى إسناده مقال.

٣- وإن سلم بصحته فيحتمل أن النبى ﷺ علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصا فى حقه، أو أنه منسوخ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبى المسلم إلى الكافر ـ لأن الله يقول: ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾.

٤- ثم إنها كانت فطيما والفطيم لا يخير.

وقد رد أصحاب القول الأول هذه الاعتراضات بما يلى:

١- إن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به وقد صححه الحاكم وغيره .

٢- إن دعوى الاضطراب ممنوعة باعتبار محل الحجة وهو كفر الأم وثبوت التخيير وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم.

٣- إن دعوى النسخ والإجماع عليه مردودة، إذ النسخ لا يكون إلا بنص أو إجماع ولم يوجد فبطل القول به.

ب - قولهم إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة وذلك لا يختلف بالإسلام والكفر غير مسلم لأنها وإن كانت مشفقة عليه فهى

مأمونة على بدنه لكنها غير مأمونة على دينه وحظه فـــى الديـــن أقوى.

ثانيا: ناقش أصحاب القول الأول أدلة القول الثالث بما يلى:

أ- أما استدلالهم بعموم قوله تعالى :﴿ **ولن يجعل الله للكـــافرين علـــى المؤمنين سبيلا** ﴾ فهو مردود لأن هذا عموم وحديث عبد الحميد بـــن جعفر خصوص والخاص يقدم على العام كما هو مقرر عند علمــــاء الأصول.

ب- قولهم إن الحضانة لا تثبت لفاسق غير مسلم، إذ إن هذا الشـــرط غير متفق عليه بين أهل العلم حيث نازع بعضهم فى اشـــتراطه فـــلا يصلح للاستدلال به على اشتراط الإسلام فى الحاضن.

الترجيح:

بعد هذا العرض للآراء والأدلة فإننى أميل إلى ترجيح ما ذهـــــب إليه أصحاب القول الثانى من بقاء الصبى عند أمه إلى أن يعقل الأديـــان ويفهم ما يدور حوله، فإن أدرك وعقل أو خيف عليه أن يألف الكفر نـزع منها، إذ هو أعدل الآراء.

لأن فيه توازنا بين حفظ حق الأم فى حضانة ابنها وحفـظ الابـــن من تعلم الكفر.

أما حق الأم فى حضانة ابنها فى مدة الرضاع فذلك لقوله تعـالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ ولأن الصغير فى هـــذه السن ومن زاد عليها لا فهم له ولا معرفة بما يشاهد فلا ضرر عليه فـــى

ذلك، أما إذا عقل الأديان أو خيف عليه أن يألف الكفر وذلك لا يكــون إلا بعد إدراكه وتمييزه فإنه ينزع منها حفظا له، لأن فى بقائه عندها يلحقــه الضرر بتعوده على الكفر فكان حقه فى حفظ دينه أقوى من حقــها فــى حضانته.

ولأن الحضانة لحظ الولد ولاحظ له فى أن يبقى بيدها عندما يعقل لأنه يألف عاداتها بكل ما فيها من مساوئ أما قبل أن يعقل فإن حظه فــى أن يبقى بيدها لينال من حنانها وشفقتها ما لا يناله عند غيرها.

المبحث الرابع

عدم زواج المستحقة للحضانة

إذا كانت الحضانة للأنثى فهل يشترط لاستحقاقها الحضانة خلوهــا عن الزواج[1] وإذا استحقت الحضانة ثم تزوجت فهل يسقط حقها فيــها أم لا ؟ وهل يختلف الحكم فيما إذا كان الزوج قريبا للمحضون عما إذا كــان أجنبيا أم لا؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال هذه المطالب:

(١) هذا إذا أقرت بالتزوج، فإن ادعى عليها ذلك ــ حيث تنازعت مع أحد مســتحقى الحضانــة فادعى أنها متزوجة ليسقط حقها، وأنكرت هى ذلك كان القول قولها مع يمينها. أما إن أقــرت بالزواج وادعت أنها طلقت وعينت الزوج فلا يقبل قولها، لأن دعواها طلاق المعين لا تقبــل إلا إذا صدقها، البحر الرائق ٤/١٨٣، در المحتار ٢/٦٤٠.

المطلب الأول

إذا كان الزوج قريبا

إذا كان الزوج قريبا من المحضون، بأن كان زوجها ذى رحم[1] منه فإنها تبقى على حقها فى الحضانة ولا يسقط حقها فيها عند غالبية الفقهاء[2].

فلو كانت الحاضنة أما أو خالة وزوجها عم الصبى، أو كانت جدة متزوجة بجد الصبى فهى على حقها فى الحضانة وليس لأحد نزع الصبى منها[3].

ودليل ذلك ما يلى:

أ- ما روى أن عليا وجعفرا وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم[4] وقد كانت متزوجة بجعفر بن أبى طالب

---

(١) يشترط فى ذى الرحم أن يكون محرما، فإن كان زوجها ذى رحم لكنه غير محرم كابن العم والمحضون انثى فهو كالأجنبى فيسقط حقها بالزواج منه، البحر الرائق ١٨٣/٤، الدسوقى والشرح الكبير ٥٣٠/٢.

(٢) لم يخالف فى ذلك إلا ابن وهب المالكى والشافعية فى وجه حيث اسقطوا حضانتها بالزواج مطلقا، ولو كان الزوج ذا رحم محرم لعموم قوله ﷺ " ما لم تنكحى " ولما يجذبها الطبع إليه من التوافر على الزوج ومراعاة أولادها منه. حاشية المدنى على كنون وحاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الحاوى ٥٠٥/١١.

(٣) البدائع ٤٢/٤، المبسوط ٢١٠/٥، التاج والإكليل ٢١٧/٤، المغنى ٦١٩/٧، السيل الجرار ٤٣٩/٢، الكافى ٣٨٤/٣، البحر الزخار ٣٨٥/٤،شرح الكنز ١٨٥/١.

(٤) صحيح البخارى ٦٤/٣، فتح البارى ٥٧١/٧، السنن للبيهقى ٥/٨.

فلم يجعل نكاحها بذى رحم للصبى وهو جعفر ابن عم الصبية مبطلا لحقها.

ب- إن جد الولد يكون مشفقا عليه ولا يلحقه الأذى والجفاء من جهته، وكذا العم وغيره من المحارم لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة، فلما كان الضرر منتفيا عن الصغير لم يسقط حقها فى الحضانة.

جـ- إن كل واحد منهما له الحق فى الحضانة منفردا فمع اجتماعهما أولى.

المطلب الثانى

إن كان الزوج غير قريب للمحضون

إن كان الزوج أجنبيا من المحضون فقد اختلف الفقهاء فى سقوط حضانتها بالزواج على ثلاثة آراء.

القول الأول:

لا يسقط حقها فى الحضانة سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل.

ذهب إلى ذلك الحسن البصرى وابن حزم الأندلسى[1] وهو مروى عن عثمان بن عفان[2] وقد استدلوا لقولهم هذا بما يلى:

أ- قوله تعالى : **﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم ﴾** [3].

(١) تكملة المجموع ٢٢٣/٢٠، الحاوى ٥٠٤/١١ ، المحلى ٣٢٣/١٠، البحر الزخار ٣٨٥/٤، سبل السلام ٢٢٧/٣.

(٢) نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٣) بعض الآية ٢٣ من سورة النساء.

ولو كان الزواج يسقط حق المرأة فى الحضانة ما كانت فى حجره فدل كونها فى حجره على بقاء حقها فى ذلك ولو تزوجت.

ب_ قوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ [١].

دلت الآية على أن حق الرضاع للأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقها فى الحضانة.

جـ- أن النبى ﷺ تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب[٢] فكانت عندها ولم تسقط حضانتها بالزواج وقد أقرها النبى ﷺ على ذلك.

د- روى عن أنس بن مالك قال قدم رسول الله ﷺ المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدى فانطلق بى إلى رسول الله ﷺ فقال:" يا رسول إن أنسا غلاما كيسا فليخدمك قال فخدمته فى السفر والحضر"[٣].

فهذا أنس فى حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ ولم ينكر فكان إقرارا ببقاء حقها فى الحضانة.

هـ- ما روى أن عليا وجعفرا وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة ــ حيث قضى بها رسول الله ﷺ للخالة[٤] وهى مزوجة

---

(١) بعض آية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٢) يراجع المستدرك للحاكم ١٧/٤، ١٩.

(٣) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه ١٧٤/٢، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٤٧٤/١٠.

(٤) سبق تخريجه.

بجعفر، ولو كان الزواج يسقط حق المرأة فى الحضانة لما قضى لها بها.

و- إنه لا فرق فى النظر والحياطة بين الربيب ـ زوج الأم ـ والربيبة ـ زوجة الأب ـ بل فى الأغلب يكون الربيب أشفق وأقل ضررا من الربيبة.

القول الثانى : وهو رواية مهنا عن الإمام أحمد [١].

إن تزوجت والابن صغيرا نزع منها، أما البنت فلا تنزع منها إلى سبع سنين.

فقد فرق بين الغلام حيث يسقط حقها فى حضانته بمجرد زواجها والجارية فلا يسقط حقها فى حضانتها بالزواج إلى أن تبلغ سبع سنين.

واستدل لذلك التفريق بقصة ابنة حمزة حيث ابقى الحضانة عليها لخالتها وهى متزوجة.

وبحديث (أنت أحق به ما لم تنكحى) وسيأتى فى أدلة ـ الجمهور ـ إذ مقتضاه سقوط حضانة المرأة بالزواج فللجمع بين الأحاديث يقال ببقاء الحضانة على الأنثى وسقوطها عن الذكر بزواج الحاضنة جمعا بين الأدلة.

القول الثالث: يسقط حقها فى الحضانة بزواجها[٢] بأجنبى من الصغير.

---

(١) الكافى لابن قدامة ٣/٣٨٣، ٣٨٤،المغنى ٧/٦١٩.

(٢) وقد اختلفوا فى المراد بالزواج هل هو العقد أو الدخول فالحنفية والشافعية والحنابلة فى وجه أن المراد به العقد فيسقط حقها فى حضانة الصبى بالعقد دخل بها الزوج أم لا ، لحديث (أنت أحق به ما لم تنكحى)، والنكاح اسم للعقد وقد وجد قبل الدخول، ولأن بالعقد يملك منافعها

ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم [1] حتى ادعى ابن المنذر الإجماع على ذلك[2].

أدلتهم :

استدل الجمهور لمذهبهم هذا بأدلة من السنة والمعقول نذكر منها:

أ- روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت :" يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثدى له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه منى فقال لها رسول الله ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحى"[3] فقد جعل الحق لها إلى أن تتزوج وحكم ما بعد الغاية مخالف لما قبلها، وذلك دليل على سقوط حقها فى الحضانة بالزواج.

ب- روى عن سعيد بن المسيب قال طلق عمر أم ابنه عاصم فلقيها ومعها الصبى فنازعها وارتفعا إلى أبى بكر الصديق فقضى بعاصم

ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها، وذهب المالكية والحنابلة فى وجه إلى أنه لا يسقط حقها إلا بالدخول، إذ بالدخول تنشغل بأمر الزوج، أما قبله فلم تشغل بشئ : يراجع فى ذلك منحة الخالق مع البحر الرائق ١٨٣/٤،المدونة الكبرى ٥٦/٢، حاشية الشيخ عميره على شرح المحلى مع قليوبى ٩٠/٤، المغنى ٦٢٠/٧.

(١) يراجع ما سبق من مراجع والمبسوط ٢١٠/٥، حاشية المدنى على كنون مع حاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الأم ٩٢/٥، الحاوى ٥٠٤/١١، ٥٠٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٢٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣، ٣٨٤، البحر الزخار ٣٨٥/٤، شرح الكنز للعينى ١٨٤/١، ١٨٥.

(٢) نقل هذا الإجماع عنه صاحب المغنى ٦١٩/٧، الشوكانى فى نيل الأوطار ٦*٣٢٩، الصنعانى فى سبل السلام ٢٢٧/٣، لكن فى حصول هذا الإجماع نظر لحصول الخلاف عليه؟

(٣) رواه الحاكم فى المستدرك ٢٠٧/٢، وقال صحيح الاسناد ، السنن لابى داود، باب من أحق بالولد ٢٩٢/٢، نصب الراية للزيلعى ٢٦٥/٣، السنن للبيهقى ٤/٨، ٥.

لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال إن ريحها وفراشها خير لـــه حتـى يشب أو تتزوج [١] وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة فلـم ينكـره منكر فكان إجماعا.

جـ- إنها لما تزوجت اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد.

د- إن الولد يلحقه الجفاء والمذلة غالبا من زوج الأم على ما قيـل إنـه يطعمه نزرا ـ أى قليلا ـ وينظر إليه شزرا ـ أى نظر بغـض ـ فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها.

هـ- إن على الولد وعصبته عار فى المقام عند زوج أمه.

المناقشة:

ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر بما يتوافق مع مذهبـه فلنذكـر بعض هذه المناقشات بشئ من الإيجاز.

أولا: مناقشة أدلة القول الثالث:

ناقش أصحاب القول الأول أدلة الجمهور بما يلى:

أ- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لا يصلح للاحتجاج لأنـه صحيفة حيث إن أبوه لم يسمع من جده.

---

(١) رواه مالك فى الموطأ فى كتاب القضاء ولم يذكر فيه لفظ أو تتزوج كما ذكر أن النزاع كـان بين عمر والجدة، يراجع للزرقانى على الموطأ ٤٧٢، ٧٣، ورواه عبد الـرازق بروايتيـن إحداهما أن النزاع كان مع الأم والأخرى مع الجدة، المصنف لعبد الـرازق ١٥٤/٧، كمـا يراجع السنن الكبرى للبيهقى ٥/٨.

ويجاب عن ذلك:

بأن روايات عمرو عن أبيه عن جده قبلها الأئمة وعملوا بها، البخارى ومسلم وابن المدينى والحميد وإسحاق وأمثالهم فلا يلتفت إلى القدح فيه، ثم إن هذا الحديث صححه الحاكم وغيره فكان حجة فى محل النزاع.

ب- أما قضاء أبى بكر فهو فعل صحابى لا حجة فيه، لأن الحجة فيما جاء عن رسول الله ﷺ ، ولو كان ذلك الأمر معروفا لديهم وعندهم فيه نص لما نازع عمر زوجته فى حضانة ابنه.

ثم إن ما روى عن أبى بكر أنه قضى بالولد لأمه، فغير صالح للاحتجاج، لأن أكثر رواياته ليس فيها ما لم تتزوج فيكون فى غير محل النزاع.

ويجاب بأن قضاء أبى بكر وإقرار عمر بقضائه وموافقة الصحابة عليه يصيره إجماعا، والإجماع أحد الأدلة الشرعية، ثم إن حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" قد صححه غير واحد من الأئمة وتلقته الأمة بالقبول كما بينا سابقا.

أما دعوى أن الأثر لم يرد فيه ما لم تزوج فمردود، إذ وردت هذه اللفظة فى رواية عند عبد الرازق[1].

---

(١) المصنف ٧/١٥٤.

أما قولهم إن الولد يلحقه الجفاء والمذلة فذلك أمر نسـبى إذ قـد يلحقه من الجفاء والمذلة من زوجة الأب أضعاف ما يلحقه من ذلك عنـد زوج أمه.

ثانيا: أما القول الثانى فلا أدلة عنده على ذلك التفصيل فلا حاجـة إلـى التعرض له.

ثالثا: ناقش الجمهور أدلة القول الأول بما يلى:

أ- أما إستدلالهم بآية ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم ﴾ فيراد بـه إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى بحضانة أمه، وذلـك جـائز بغير خلاف، أما عند المنازعة فلا دلالة فى الآيـة عليـه فكـان خارجا عن محل النزاع.

ب- أما زواج النبى ﷺ بأم سلمة وبقاء الحضانة لها على بنتـها، فلأنه لم يكن من عصبتها نزاع، ومجرد البقاء مع عدم المنـازع لا يصلح للاحتجاج به على محل النزاع لاحتمال أنه لـم يبـق لـها قريب غيرها، ثم إنها كانت فى كفالة رسول الله ﷺ وهو أفضـل الخلق فلا ينازع.

جـ- أما استدلالهم بقصة أنس وأنه كان فى حضانة أمـه وهـى متزوجة فمردود بما رد به الأول وهو عدم المنازع، ولا يعد دليلا على محل النزاع إلا مع طلب من تنتقل إليه الحضانة ومنازعتـه، أما مع عدم طلبه فلا نزاع فى أن للأم المتزوجة أن تقوم بولدهـا

ولم يذكر فى القصص المذكورة أنه حصل نزاع فى ذلك فلا دليل فيما ذكروه على دعواهم فبطل الاحتجاج به.

د- أما قصة ابنة حمزة فقد قيل أنه قضى بها لجعفر ترجيحا لخالتها، وقيل قضى بها للخالة ترجيحا لجعفر لأنه ابن عمها، ولا شك أن الزوج إذا كان ذا رحم من الصغير فإنه لا يسقط حضانة المرأة عند الجمهور من أهل العلم.

ثم إن الحق فى المتزوجة للزوج وإنما تسقط حضانتها لأنها تشتغل بالقيام بحقه وخدمته، فإذا رضى الزوج بأن تحضن من لها حق فى حضانته وأحب بقاء الطفل فى حجره، لم يسقط حق المرأة من الحضانة.

ثم إن جعفر من أهل الحضانة ولا يساويه فيها إلا على ، وقد ترجح جعفر لأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى، ثم إن النكاح إنما يسقط حضانة الأم وحدها إذا كان المنازع لها الأب، ولا يسقط حق غيرها ولا حق الأم حيث كان المنازع لها غير الأب، وبهذا يجمع بين قصة ابنة حمزة وحديث " أنت أحق به ما لم تنكحى".

أما قولهم ــ إنه لا فرق بين الربيب والربيبة إذ الضرر الذى يمكن أن يلحقه من الربيب قد يكون أشد من الضرر الذى يلحقه من الربيبة فأمر مسلم ويمكن حدوثه، لكن فى تربيته عند زوج أمه مذلة وعار يلحق الطفل وعصبته وذلك ضرر أشد وأعظم من الضرر الذى

يلحقه من زوجة أبيه، والقاعدة هى جواز فعل الضرر الأخف لترك الضرر الأعظم.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة وناقشنا ما أمكن مناقشته منها يتبين لنا رجحان القول الثالث ــ وهو ما ذهب إليه الجمهور ــ من سقوط الحضانة المستحقة للأنثى بزواجها لقوة أدلتهم وسلامتها عما وجه إليها من اعتراضات.

لكن يستثنى من ذلك صور تبقى فيها الحضانة للأنثى رغم زواجها نذكر منها:

أ- إذا كانت المرأة متزوجة بذى رحم محرم للصبى وهذا محل اتفاق عند جمهور العلماء لم يخالف فيه إلا ابن وهب المالكى والشافعية فى وجه وقد سبق بيانه.

ب- كما يرى الحنفية[1] أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها، بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى، لأن سقوط الحضانة لدفع الضرر عن الصغير فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقا عليه، وقد يكون له زوجة أب تؤذيه

(١) يراجع رد المحتار على الدر المختار ٢/٦٣٩، ٦٤٠.

أضعاف ما يؤذيه زوج أمه فإذا علم المفتى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه لأن مدار الحضانة على نفع الولد.

جـ- أن يعلم من له الحضانة بعد الأم بزواجها ويسكت مع علمه بأن الزواج مسقط لحقها، فإن كان سكوته بلا عذر العام ونحوه فلا يسقط حقها فى الحضانة، فإذا علم بزواجها ولم يطالب بأخذ الولد حتى طالت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأن سكوته دليلاً على ترك حقه فى الحضانة[1].

د- أن يكون زواجها فى زمن الرضاع ولم يقبل الصبى غيرها، أو قبل غيرها وأبت أن ترضعه عند من انتقلت إليه الحضانة بعد تزويج أمه فلا تسقط حضانة الأم بالزواج [2]، لأن كونه فى رضاع أمه وإن كانت ذات زوج أرفق به من أجنبية يسلم إليها، لا سيما إن كانت هى الأخرى ذات زوج.

هـ- أن لا يكون للولد قرابة غيرها لا من الرجال ولا من النساء، أو كان ولم يطلبها فلا تسقط حضانتها بالزواج اتفاقاً لعدم المنازع لها حينئذ كما فى قصة زينب بنت أم سلمة وكما فى قصة انس بن مالك رضى الله عنهم أجمعين.

(1) الدسوقى والشرح الكبير ٢/٥٢٩، ٥٣٠، التاج والاكليل ٤/٢١٧.

(2) المصادر السابقة .

المطلب الثالث

عود الحضانة للمرأة

إذا قلنا برأى الجمهور ـ وهو سقوط حق الأنثى فى الحضانة بزواجها بغير ذى رحم محرم من الصغير فهل يعود حقها فى الحضانة بالطلاق[1] أو فسخ النكاح الفاسد أم لا؟

اختلف الفقهاء فى ذلك وحاصل خلافهم يتمثل فى الآتى:

أ- ذهب المالكية والأوزاعى[2] إلى أن حقها فى الحضانة لا يعود بالطلاق، وسواء أكان طلاقاً بائنا أم رجعياً[3].

قال مالك: أرأيت إن تزوجت ثانية أيؤخذ منها ثم إن طلقها زوجها أيرد إليها أيضا ثانية ليس هذا بشئ، إذا أسلمته مرة فلا حق لها فيه.

---

(١) احترز بالطلاق عن الظهار والايلاء لأنهما لا ينهيان النكاح فلا يعود حقها فى الحضانة بهما: الحاوى ٥١٠/١١.

(٢) المدونة الكبرى ٣٥٦/٢،الدسوقى والشرح الكبير ٥٣٢/٢، المحلى ٣٢٩/١٠.

(٣) هذا إذا كان من له الحق فى الحضانة ــ الأب أو الأولياء قد انتزعه منها، أما إن علم بتزويجها ولم يقم بأخذ الولد حتى طالت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأنه يعد بذلك تاركاً لحقه ، التاج والإكليل ٢١٧/٤.

ودليل ذلك

١- أن النبى ﷺ جعل لها الحق فى الحضانة ما لم تنكح بقوله :" أنت أحق به ما لم تنكحى" وأطلق وهذه قد نكحت فسقط حقها فلا يعود بعد ذلك.

٢- قياس الحق فى الحضانة على حق ولى المجنى عليه فى القود، فالولى إذا أسقط حقه فى القود فإنه لا يعود للمطالبة به مرة ثانية، وإن طالب به لم يستحقه، كذلك حق المرأة فى الحضانة إذا سقط فإنه لا يعود.

(ب) وذهب الشافعية والحنابلة وبه قال أبو ثور والحسن بن حيى وهو مذهب الزيدية[١].

إلى أن الأنثى التى سقط حقها فى الحضانة بالزواج يعود حقها فيها بالطلاق[٢] مطلقا ــ أى سواء أكان الطلاق بائنا أم رجعيا.

أدلتهم:

أولا: استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بما يلى:

أ- إن سقوط حضانتها بالزواج كسقوط حضانتها بالجنون وحضانة المجنونة تعود بالإفاقة من الجنون فكذلك تعود

---

(١) يراجع الحاوى الكبير ٥١٠/١١، المهذب ١٦٩/٢، تكملة المجموع ٢٢٤/٢٠، المغنى ٦٢٤/٧، ٦٢٥، الكافى لابن قدامة ٣٨٤/٣، المحلى ٣٢٩/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٩، الأم ٩٢/٥.

(٢) كما يعود حقها فيها بموت الزوج وبفسخ النكاح الفاسد أما الظهار والايلاء فلا يعود بهما حقها فى الحضانة لبقاء الزوجية، الحاوى ٥١٠/١١.

بالطلاق بعد النكاح، لأن تعلق الحكم بعلة يوجب إسقاطها بزوال تلك العلة.

ب- إن حضانتها لم تبطل بالتزويج بل تأخرت بدليل انتقالها إلى أمها المدلية بها ولو بطلت حضانتها ما انتقلت إلى من أدلى بها، وإذا ثبت عدم بطلان حضانتها بالتزويج فإنها تعود بزوال النكاح.

__ثانيا:__

استدلوا على عدم الفرق بين الطلاق البائن والرجعي في عود الحضانة بما يلي:

أ- إن الرجعية محرمة على الزوج بهذا الطلاق كالبائن.

ب- إن الرجعية لما ملكت نفسها بالطلاق قبل الرجعة صارت كالخلية عن الزوج في استحقاق الحضانة، كما صارت مثلها في جواز التصرف، فإن راجعها في عدتها سقطت حضانتها برجعته، وقبل أن يراجعها تبقى على حقها في الحضانة.

جـ- إن حقها سقط بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج، وبالطلاق الرجعي يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن فتعود الحضانة به كما في البائن.

د- إن الزوجية وإن كانت باقية بماله من حق الرجعة إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق له عليها قسم ولا لها به شغل كما أنه عقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن في عدتها فيعود حقها في الحضانة كالبائن إذا لا فرق.

حـ- وذهب الحنفية والمزنى[1]:

إلى أن حقها فى الحضانة يعود بالطلاق البائن أو موت الزوج، أمـا الطلاق الرجعى فلا يعود حقها فى الحضانة به إلا بانقضاء العدة[2].

وهو قول مخرج عند الحنابلة ذكره ابن قدامة[3].

أدلتهم:

أولاً:

استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بأن الزواج مانع من استحقاق الحضانة وقد زال بالطلاق أو موت الزوج فيزول المنع لـزوال سـببه، وإذا زال المانع عاد حقها فى الحضانة.

ثانيا:

كما استدلوا على التفريق بين الطلاق البـائن فيعـود حقـها بـه والطلاق الرجعى فلا يعود حقها به بأن الطلاق البائن يزيل الزوجية أمـا الطلاق الرجعى فلا يزيلها بل تظل الزوجية قائمة فتكون كالتى فى صلب النكاح فلا حق لها فى الحضانة.

---

(١) العناية على الهداية ٣٧٠/٤، البحر الرائق ١٨٣/٤، رد المحتار ٦٤٠/٢، الحاوى ٥١٠/١١، المهذب ١٦٩/٢.

(٢) مقتضى هذا القول أن المطلقة طلاقاً بائناً يعود حقها فى الحضانة قبل انقضاء العدة مع أنـها تعتد فى بيت الزوج ولعل وجهه ارتفاع ولايته عليها فلا يتضرر الولد عنـده، حاشـية ابـن عابدين ٦٤٠/٣.

(٣) المغنى ٦٢٥/٧.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أميل أولاً إلى ترجيح القول بعود الحضانة بالطلاق أو موت الزوج، لأن النكاح مانع من الحضانة وقد زال المنع بالطلاق أو موت الزوج فوجب أن تعود إلى حقها فى الحضانة.

أما قول المالكية ومن وافقهم بعدم العود لحديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" فيجاب عنه بأن النكاح أما أن يراد به العقد أو الوطء وكلاهما قد زال بالطلاق حيث لا تسمى المطلقة منكوحة وعلى هذا لم يبق فى الحديث حجة.

أما قياسهم حق الحضانة على حق القود فيجاب عنه بأن الأصوب هو قياس حق المطلقة على حق من سقطت حضانتها بالجنون أو بالفسق أو بغيره من الموانع إذ هو أقرب من قياسه على حق القود ومن سقطت حضانته بالجنون ونحوه إذا زال جنونه أو فسقه يعود إلى حقه بالاتفاق فكذا من طلقت فإنها تعود إلى حقها.

أما الخلاف فى الطلاق الرجعى حيث يعود لها الحق فى الحضانة به عند الشافعية ومن وافقهم ولا يعود عند الحنفية ومن وافقهم فإنى أرى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية من أنه لا يعود به ولكن بانقضاء العدة، لأن المانع من الحضانة هو الزوجية وهى باقية مع الطلاق الرجعى فتمنع العود.

أما قياس الشافعية المطلقة طلاقاً رجعياً على الخلية فى استحقاق الحضانة بجامع أن كلاً منهما مالكة لأمر نفسها فهو قياس مع الفارق،

لأن المطلقة طلاقاً رجعياً يحق لزوجها مراجعتها فلا تكون مالكة لأمر نفسها.

وأما قولهم أنه عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن فيجاب عنه بأن النكاح قبل الدخول مزيل لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج مما يدل على أن المانع حقيقة هو قيام الزوجية لا الانشغال بالزوج كما تقولون، وإذا ثبت ذلك فإن الطلاق الرجعى لا يمنع من قيام الزوجية فى فترة العدة فلا يعود إليها الحق فى الحضانة لقيام النكاح وقد صح عن النبى ﷺ أنه قال: " أنت أحق به ما لم تنكحى" .

والله أعلم ،، ،،

المبحث الخامس

أثر السفر فى سقوط حضانة الأنثى

إذا أراد أحد الزوجين[1] أو أولياء المحضون السفر عن مكان الحضانة إلى مكان آخر، فهل يسقط حق الأم ــ أو من تستحق الحضانة من النساء ــ فى الحضانة أم لا؟

وللإجابة على ذلك لابد أولا من التفريق بين السفر القريب والسفر البعيد، ثم التفريق ثانيا بين سفر الأب أو أحد الأولياء وبين سفر من تستحق الحضانة من النساء وذلك فى جملة مطالب:

(١) إذا كانت الزوجية قائمة فمكان الحضانة هو مكان الزوجين فإذا أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذى هى فيه إلى غيره كان لزوجها أن يمنعها من الخروج وسواء فى ذلك أن يكون ولدها معها أو لا يكون، لأن عليها المقام فى بيت زوجها، وكذلك إذا كانت معتدة ــ لقوله تعالى " ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ ، البدائع ٤٤/٤، البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

المطلب الأول

السفر القريب

إذا كانت مسافة السفر قريبة فسواء كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء، أو كان المسافر هو الأم أو من تستحق الحضانة من النساء، فإن ذلك لا يمنع حق المرأة فى حضانة ولدها، وسواء كان السفر سفر نقلة أو سفر تجارة أو حج ونحو ذلك، سافرت إلى وطنها أو إلى غيره، وقع العقد به أو لا ؟ فإن كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء المستحقين للحضانة فإن الولد يظل فى حضانة الأم أو من يقوم مقامها من المستحقين للحضانة من النساء.

وإن كان المسافر هو المرأة لم تمنع من السفر ولا من أخذ المحضون معها، لأن الأب أو المستحق للحضانة غيره لا يلحقه كبير ضرر بالنقل فكان بمنزلة انتقالها إلى أطراف البلد، ولأن قرب المسافة كالإقامة فى انتفاء أحكام السفر ويجرى ذلك مجرى البلد الواسع إذا تباعدت أطرافه حيث لا يمنع التنقل فيه من استحقاق الحضانة فكذا هذا، وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء[1].

(١) البدائع ٤/٤٥، التاج والإكليل ٤/٢١٧، ٢١٨، الحاوى ١١/٥٠٤، المدونة ٣/٣٥٨، المغنى ٧/٦١٨، الكافى ٣/٣٨٧، منحة الخالق ٤/١٨٧.

غير أنهم اختلفوا فى حد القرب والبعد:

فمنهم من حد القرب بأنه الذى يقدر فيه الأب على أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل، أو بحيث يراهم ويرونه كل يوم[1] لأن البعد الذى يمنعه من رؤيتهم يمنعه من تأديبهم وتعليمهم، ومنهم من يحده بستة برد[2] ومنهم من يحده بالبريد فما زاد عليه فهو فى حد البعد أو هو بحيث يبلغ الأولياء خبر المحضون[3]، ومنهم من يحد القريب بمسافة القصر.

فإن كانت المسافة لا تقصر فى مثلها الصلاة لا تمنع المرأة من السفر به ولا يسقط حقها فى حضانته كما لا يسقط حقها إذا كان المسافر لهذه المسافة هو الأب أو من له الحضانة من الأولياء[4].

---

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة فى المذهب، يراجع البدائع ٤٥/٤، المغنى ٦١٨/٧،البحر الرائق ١٨٧/٤.

(٢) البريد هو المسافة " وهو أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال والميل ستة آلاف ذراع وقيل أربعة آلاف وقيل ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع، وقيل البريد فرسخان فعلى الأول يكون اثنان وعشرون كيلو متر وعلى الثانى أحد عشر كيلو متر. المقادير الشرعية للكردى ص ٢٨٦، المعجم الكبير حرف الباء ص ٢١٠.

(٣) ينقل هذين القولين عن المالكية. يراجع التاج والإكليل ٢١٨/٤، المدونة ٣٥٨/٢.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية وهو قول القاضى من الحنابلة وبعض المالكية.يراجع ـ الحاوى ٥٠٤/١١، المغنى ٦١٨/٧، الكافى ٣٨٧/٣، التاج والإكليل ٢١٧/٤، تكملة المجموع ٢٤٠/٢٠.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء فى تحديد الفرق بين المسافة البعيدة والقريبة نجد أن مرجع هذه الأقوال هو الاجتهاد إذ ليس فى ذلك شئ يرجع إليه فى الكتاب والسنة وإنما هو الاجتهاد فقط.

وعلى هذا فالمعتبر فى ذلك هو نفى الضرر عن الأم – أو من تستحق الحضانة غيرها – وكذلك نفى الضرر عن الأب أو أحد الأولياء المستحقين للحضانة غيره لقوله تعالى : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ [1] غير أنى أرى أن أقربها وأولاها بالقبول هو ما ذهب إليه الحنفية، لأن الأب إذا قدر على زيارة ولده ثم يعود فى نفس اليوم فليس هناك ضرر يلحق به وإذا انتفى الضرر لم يمنع أحدهما من السفر بالمحضون.

---

(١) بعض الآية ٢٢٣ من سورة البقرة .

المطلب الثانى

المسافة البعيدة

إذا كانت المسافة بعيدة، سواء قلنا بأنها ستة برد أو مسافة القصر، أو غير ذلك فإما أن يكون المسافر بالمحضون هو الأب أو أحد الأولياء، وإما أن يكون الأم أو من يستحق الحضانة من النساء غيرها، وإما أن يسافرا جميعا إلى بلد واحد أو لا؟

سفر الأب :

إذا كان من يريد السفر هو الأب فقد اختلف الفقهاء في سقوط حضانة الأم أو من يستحق الحضانة من النساء على قولين:-

القول الأول: ذهب الحنفية[1] والظاهرية [2].

أ- إلى عدم سقوط حضانة المرأة بذلك ـ سواء كان سفره سفر نقلة أو سفر تجارة ونحوه وسواء كان المسافر هو الأب أو غيره من الأولياء، وعلى هذا فإن الولد يظل فى حضانة المرأة ولا ينزع منها [3].

ودليلهم على ذلك:-

ب- أن الأم ـ ومن فى حكمها من النساء ـ أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فى ذلك من إبطال حقها.

---

(١) البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ٤/١٨٧.

(٢) المحلى ١٠/٣٢٣، ٣٢٥.

(٣) هذا إذا كانت حضانة الأم باقية، أما إذا منع منها مانع كزواجها مثلا فإن له السفر به لأن المنع كان للأضرار بها بإبطال حقها فى الحضانة، فإذا بطل حقها زال المانع من السفر ـ البحر الرايق ٤/١٨٨.

ج- أن الأب لو كان مقيما لما كان له نزع الولد من يدها ففـــى حـــال سفره من باب أولى.

د - إنه لم يأت نص قرآن ولا سنة بسقوط حضانة الأم من أجل رحيـــل الأب فهو شرع باطل ممن قال به وسوء نظر للصغير وإضرار بـــه فى تكليفه الحل والترحال والإزالة عن الأم أو من يقوم مقامها وهـــو ظلم لا خفاء فيه.

القول الثانى:- وهو للمالكية والشافعية والحنابلة[1].

حيث ذهبوا إلى التفريق بين سفر النقلة، وسفر الحاجة، فـــإن كـــان سفره لحاجة إذا نجزت عاد.

فالمقيم منهما أحق بحضانة الولد، سواء كـــان المقيـــم هـــو الأم أو الأب[2].

وذلك لأن المقام أودع والسفر أخطر، كما أنه لا حظ للولـــد فـــى حمله ورده ولأن ما فيه إضرار بالولد ظاهر المنع ولا شك أن السفر فيـه إضرار به فكان ممنوعا من السفر به.

أما إن كان سفره نقلة بحيث كان خروجه من البلد إلى بلد آخـــر بهدف الاستيطان والسكنى فى البلد الآخر، والمسافة بين البلدين بعيدة.

---

(١) المدونة الكبرى ٣٥٨/٢، المدنى على كنون ٢٦٤/٤، المهذب ١٧٢/٢، الحـــاوى ٥٠٤/١١، تكمله المجموع ٢٣٩/٢٠، المغنى ٦١٨/٧، الكافى لابن قدامة ٣٨٧/٣.

(٢) يلاحظ أن غير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها عند غير الحنفية وأن غير الأب من أولياء الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة فى جميع الأحكـــام اتفاقا، يراجع منحة الخالق والبحر ١٨٧/٤، المدونة ٣٥٨/٢، الحـــاوى ٥٢٣/١١، المغنـــى ٦١٩/٧.

ففى هذه الحالة يكون الأب أحق بحضانة الولد، فيسقط حق المرأة فى الحضانة، وينتزع منها الولد ويدفع إلى أبيه[1] إن كان معه فى كفاية سواء كان الولد فطيما أو رضيعا[2].

وذلك : لأن حفظ نسبه الذى لا يقدر على اكتسابه أولى بالتقديم والاعتبار مما يقدر على اكتسابه من العلوم والأدب، والأب فى العادة هو الذى يقوم بالتأديب وحفظ النسب فإذا لم يكن فى بلده ضاع، ولأن فى الكون مع الأم حضانة ومع الأب حفظ النسب والتأديب وفى الحضانة يقوم غير الأم مقامها وفى حفظ النسب لا يقوم غير الأب مقامه فكان أحق بالحضانة منها.

---

(١) هذا الحكم عندهم مشروط بأن يكون الطريق آمنا والبلد المنتقل إليه آمنا، وإلا كان المقيم ــ وهو الأم ــ أو من يستحق الحضانة من النساء بعدها ــ أحق بحضانة الولد لأن فى السفر به فى هذه الحالة خطر وضرر به، تكملة المجموع ٢٠/٢٤٠، التاج والإكليل ٤/٢١٨، المهذب ١٧٢/٢،الكافى ٣٨٧/٣، المغنى ٦١٨/٧.

(٢) وبهذا قال الشافعية والمالكية فى المذهب وقال ابن القاسم إذا انتقل لا يأخذ ولده إلا أن يكون فطيما وقال أيضا يأخذه إن كان رضيعا إذا كان يقبل غير أمه كما شرط المالكية أن لا ينتقل به الأب إلى البادية ويراد بهم أهل العمود إذ لا قرار لهم والا يعلم أنه أراد الضرر بالأم، يراجع حاشية المدنى على كنون ٤/٢٦٤، التاج والإكليل ٤/٢١٧، الحاوى الكبير ٥٢٣/١١، حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى ٤/٩٢.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا القولين وما أمكن الاستدلال به لكل قول أجدنى أميل إلى قول الحنفية والظاهرية القائلين بعدم إبطال حق الأم أو من يقوم مقامها من النساء عند عدمها ـ بسفر الأب ولو كان سفره للنقلة واستيطان بلد آخر، إذ لو جاز للأب أو لغيره من الأولياء اسقاط حضانة الأم بالسفر والانتقال، لكان ذلك بابا للأولياء يلجون منه عندما يريدون اسقاط حق النساء فى الحضانة لذلك وجدنا المالكية رغم قولهم بسقوط حضانة الأم بسفر الولى البعيد يشترطون عدم العلم بارادة الضرر بالأم، غير أن ذلك أمر غيبى لا يمكن الاطلاع عليه إذ مرجع ذلك هو نية الأب أو غيره من الأولياء والنيات لا يعلمها إلا الله.

ثم إن أصحاب القول الثانى لم يسقطوا حق الأم فى الحضانة إذا كان السفر قريبا والمسافة التى ذكروها للتفريق بين البعد والقرب رغم اختلافهم فيها فجميعها لا يعد مسافة بعيدة اليوم إذ هذه المسافة وأضعافها يمكن قطعها فى هذه الأيام فى وقت قليل.

ثم إن حق الأم فى الحضانة ثابت بالسنة الصحيحة وهى حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى ".

فلا يسقط هذا الحق الثابت بالسنة الصحيحة بأمر محتمل وهو حق الأب فى حفظ نسب الولد وتأديبه، فالأم يمكنها أن تقوم بتأديبه وتعليمه كما أنها مؤتمنة على نسبة فلا ينزع منها بسفر الأب أو الأولياء.

عود الحضانة بالعود من السفر:

إذا عاد الأب من سفر النقلة بالولد إلى محله رجع حق الأم في حضانته لزوال المانع[1].

٢- سفر المرأة :

إذا سافرت الأم أو من يقوم مقامها ممن لهم الحق في الحضانة من النساء عند موتها أو سقوط حضانتها، فهل تظل على حقها في الحضانة أم يسقط ذلك الحق وينزع الولد منها ويدفع إلى من يستحق الحضانة بعدها؟

وللإجابة على ذلك نقول :

إذا كانت المرأة منقضية العدة فلها أن تسافر وتنتقل من بلد إلى آخر وليس للزوج أن يمنعها من ذلك إذ بانقضاء العدة لا سبيل له عليه ولا خلاف في ذلك.

لكن الفقهاء اختلفوا في سقوط حضانتها بالسفر على ثلاثة أقوال :

القول الأول: ذهب الحنفية [2]:

إلى أن سفر المرأة على أقسام فإما أن يكون سفرها إلى مصر وأما أن يكون إلى قرية.

الأول: إن كان سفرها إلى مصر فذلك على أوجه:-

---

(١) يراجع مواهب الجليل ٢١٨/٤، قليوبي على شرح المحلى ٩٢/٤، المغني ٦١٩/٧.

(٢) البدائع ٤٤/٤، ٤٥، البحر الرائق ومعه منحة الخالق ١٨٦/٤، ١٨٧، العناية وفتح القدير على الهداية ٣٧٥/٤، وما بعدها.

١- أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك ولا تسقط حضانتها، لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها فى بلدها، لأن من تزوج امرأة فى بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد فى ذلك البلد، فكان راضيا بالتفريق إلا أنه عند قيام النكاح يلزمها اتباع الزوج، فإذا زال فقد زال المانع.

٢- أن يقع النكاح فى غير بلدها ففى هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال بولدها إلى بلدها، فإن انتقلت سقطت حضانتها لأنه إذا لم يقع النكاح فى بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام فى بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.

٣- أن تنتقل إلى بلد ليس ببلدها ولكن وقع النكاح فيه فليس لها ذلك[1]، لأن ذلك ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذى فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذى هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.

---

(١) ويرى أبو يوسف أن لها ذلك، لأن العبرة بمكان العقد فقط وإليه ذهب الطحاوى والخصاف، البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ٤/١٨٦.

الثانى : أن تسافر به إلى قرية:

إن كان الأب متوطنا فى مصر فإرادت نقل الولد إلى القرية فذلك على وجوه:-

١- إن كان قد تزوجها فيها وهى قريتها كان لها ذلك، كما فى المصر وقد سبق دليله.

٢- وإن لم تكن قريتها وكانت قرية زوجها ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك.

٣- وإن لم يقع فيها أصل النكاح فليس لها ذلك، لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبى بأخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر إذ لم يقع أصل النكاح فى القرية.

مما سبق يتبين لنا أن الحنفية يجيزون لها السفر ولا يسقطون حضانتها إذا كان انتقالها إلى مصر هو بلدها وقد وقع النكاح فيه.

كما يجيزون لها ذلك إذا كان انتقالها إلى قرية هى قريتها أو قرية زوجها ما دام قد وقع عقد النكاح فيها ولا يجيزون لها السفر فى غير ذلك فإن سافرت سقطت حضانتها[1].

---

(١) هذا عندهم خاص بالأم فقط، فلو ماتت الأم وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل إلى مصرها بالولد لأنه لم يكن بينهما عقد، لأن العقد على الزوجة فى وطنها دليل الرضا بإقامتها بالولد فيه ولا عقد بينه وبين الجدة، وغير الجدة كالجدة فى هذا. البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية ابن عابدين ٦٤٣/٢.

القول الثانى: وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة[1].

أن سفر الأم البعيد يسقط حقها فى الحضانة، فإذا عزمت على سفر بعيد سواء كان سفر نقلة أو سفر حاجة[2]، فإنه يسقط حقها فى الحضانة فينزع الولد منها وتنتقل حضانته إلى مستحق الحضانة بعدها، وسواء كان انتقالها إلى بلدها أو بلده وسواء كان الطريق مخوفا[3] أو كان أمنا، لأن حفظ نسب الولد مختص بأبيه دون أمه وهو أولى بمصالحه لثبوت التوارث به.

القول الثالث: وذهب إليه الزيدية[4].

إن للأم أن تنقله إلى مقرها أينما كان لأن حقها فى حضانته ثبت نصا بقوله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكحى " فلا يبطل بسفر ولا غيره إلا بنص، ولم يوجد فبقى حقها فى الحضانة وإن انتقلت به إلى بلد آخر سيما إذا كان عليها ضرر فى بقائها فى غير مقرها.

---

(١) المدونة ٣٥٨/٢، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحاوى ٥٢٣/١١، قليوبى وعميرة ٩٢/٤، المغنى ٦١٨/٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٣٤.

(٢) سبق أن ذكرنا أن سفر الحاجة يجعل المقيم منهما أحق بالحضانة من المسافر، فإذا كانت المسافرة هى الأم كما فى هذه المسألة فالأب أو من يستحق الحضانة بعده من الأولياء أحق بحضانة الولد . يراجع صـــ

(٣) فإذا كان الطرق مخوفا أو البلد الذى تسافر إليه مخوفا فذلك أدعى أن ينزع منها الولد، لأن فى السفر به خطرا به فإذا منع الأب من السفر به لخوف الطريق منعت الأم من باب أولى.

(٤) السيل الجرار ٤٤٠/٢، ٤٤٢،البحر الزخار ٣٨٥/٤.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الأقوال وما يمكن أن يستدل به لكل منها فإنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الزيدية من أن لها أن تنقله إلى مقرها أينما كان لا فرق بين أن تنقله إلى بلد أو إلى قرية، أن يكون حدث فيه عقد النكاح أو لم يحدث، ولا ينزع منها الطفل ولا تسقط حضانتها بالسفر والانتقال، لأن حقها فى الحضانة ثابت بالنص فلا يسقط إلا بنص، ولم يأت نص يفيد سقوط حقها فى الحضانة بالسفر فبطل القول به.

ثم إن فى بقائها فى غير مقرها ضرر بها ورفع الضرر عنها واجب لحديث " لا ضرر ولا ضرار "(١).

ولا يرفع عنها الضرر إلا بإباحة السفر لها مع ولدها، وفى نزع الولد منها أشد الضرر، وهو مدفوع، ثم إن الحواضن الأجنبيات فى عهد النبى ﷺ وعهد الصحابة كن ينقلن الأطفال المدفوعين إليهن للرضاع إلى مساكنهن وفى قومهن، ومن جملة من وقع له ذلك رسول الله ﷺ حيث نقلته حليمة عندما استرضعت له إلى دار قومها، وإذا جاز ذلك للأجنبيات مع عدم ثبوت الحق لهن فكيف لا يجوز للأمهات ومن يلتحق بهن مع ثبوت الحق لهن؟

---

(١) الحديث رواه مالك فى الموطأ رقم ١٥٠٠ وابن حجر فى بلوغ المرام بشرح الصنعانى ، سبل السلام ٨٤/٣.

٣- سفرهما جميعا:

إذا سافرت الأم والأب بالمحضون فإما أن تكون وجهتهما واحدة أو أن تكون مختلفة.

أ- إن كانت وجهتهما واحدة بأن سافروا جميعا إلى بلد واحد وفى طريق واحد فإن الأم تظل على حقها فى حضانة الطفل ولا ينزع منها، لثبوت حقها فيها بالنص، ولأن المانع من السفر عند من يقولون تمنع من نقله معها هو تعرض الطفل لخطر السفر، وما يلحقه فيه من ضرر ثابت لدى الطرفين فكانت الأم أولى بحضانته بمالها من حق ثابت فيها.

ب- أما إن كانت وجهتها مختلفة طريقا ومقصدا فالأم أيضا أولى بحضانته من الأب[1]، لوجود السفر من كل منهما فليس أحدهما بأولى من الآخر، ولكن لما كان حقها فى الحضانة ثابتا نصا فإنها تكون أولى بالولد لذلك، ما لم يكن طريقها غير مأمون أو فيه إضاعة للولد فيقدم الأب عليها لرفع الضرر الذى يمكن أن يلحق الولد.

(١) حاشية المدنى على كنون ٢٦٤/٤، قليوبى على شرح المحلى على منهاج الطالبين ٩٢/٤، المغنى ٦١٨/٧، ٦١٩. الكافى ٣٨٣/٣.

المطلب الثالث

عود الحضانة بالعود من السفر

إذا قلنا برأى المالكية والشافعية والحنابلة بسقوط حق الأم فى الحضانة لسفرها أو لسفر الأب البعيد، أو بقول الحنفية " بسقوط حقها إذا كان السفر إلى بلد غير بلدها أو غير البلد الذى تم فيه عقد النكاح، أو لسفرها من المصر إلى القرية فهل يعود حقها فى حضانة الولد؟

اختلف الفقهاء فى ذلك:

فعند المالكية [1]:

إن كان سفرها اختيارا لم يعد إليها حق الحضانة لرضاها بإسقاطها.

أما إن كان سفرها اضطرارا فمتى عادت عاد حقها فى الحضانة لأن السفر فى هذه الحالة لا يدل على رضاها بسقوط الحضانة.

أما الجمهور[2] ممن يقولون بسقوط الحضانة بالسفر فإنهم يقولون بعودها من السفر أو بعود الأب بالولد يعود إليها حقها فى حضانته لزوال المانع.

---

(١) مواهب الجليل ٢١٨/٤، حاشية المدنى على كنون ٢٦٨/٤.

(٢) حاشية قليوبى على شرح المحلى ٩٢/٤، المغنى ٦١٩/٧، تكملة المجموع للمطيعى ٢٤٠/٢٠.

المطلب الرابع

الاختلاف في نوع السفر

سبق أن ذكرنا أن المالكية والشافعية والحنابلة يفرقون بين سفر النقلة فيسقطون به حق الأم فى الحضانة وسفر الحاجة فلا يسقطون حقها به إذا كان المسافر هو الأب فما الحكم إذا اختلفا فى نوع السفر فقالت الأم يسافر لحاجة فأنا أحق بالولد، وقال الأب أسافر نقلة فأنا أحق بالولد؟

يرى البعض[1] أن القول للأب بلا يمين لأنه أعرف بنيته، ويرى البعض[2] التفريق بين المأمون وغيره فإن كان الأب مأمونا قبل قوله بلا يمين، وإن كان متهما قبل قوله بيمين، فإن رد عليها اليمين حلفت وأمسكت الولد.

---

(١) ذهب إلى ذلك المالكية فى المذهب والشافعية، يراجع التاج والإكليل ٢١٧/٤، قليوبى ٩٢/٤،الحاوى ٥٢٣/١١.

(٢) ذهب إلى ذلك بعض المالكية ، يراجع التاج ٢١٧/٤.

الفصل الثاني

المستحقين للحضانة

إذا افترق الزوجان بالموت أو بالطلاق وبينهما ولد وتنازع أقربائه فى حضانته فلا يخلوا حالهم من ثلاث:

١- أن يكونوا نساء فقط.

٢- أن يكونوا رجالا فقط.

٣- أن يكونوا رجالا ونساء.

ولكل واحد من هذه الثلاثة ما يخصه من أحكام لذا فإننا سنبين هذه الأحكام فى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

انفراد النساء بالحضانة

إذا اجتمع أقرباء المحضون وكن نساء فقط لا رجل معهن وهن ذوات رحم محرم[1] منه وهن يصلحن لحضانته فمن أولاهن بها، وما هى غاية حضانة النساء، هذا ما سنبينه فى هذين المطلبين

المطلب الأول

مراتبهن فى الحضانة

إذا اجتمع النساء وتنازعن فى حضانة صبى فأولاهن بها هى الأم لا يقدم عليها أحد، على هذا أجمع أهل العلم[2].

ودليل ذلك ما يلى:

أ- روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يا رسول الله إن أبنى هذا كان بطنى له وعاء وثدى له سقاء

(١) أما إن كن ذوات رحم غير محرم كبنت العم والعمة وبنت الخال والخالة فلا حضانة لهن، وكذلك إن كن محرمات لكنهن لسن من ذوات الرحم كالمحرمات بالمصاهرة أو الرضاع إذ مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هى المختصة بالشفقة. البدائع ٤١/٤، ابن عابدين ٦٣٣/٢،الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، المدنى على كنون ٢٤٩/٤.

(٢) حكى هذا الإجماع الشوكانى وابن رشد يراجع، المصادر السابقة، المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهونى ٣٥٧/٤، المهذب ١٦٩/٢، التكملة الثانية للمجموع ٢٢٦/٢٠، المغنى ٦١٣/٧، ٦١٤، المحلى ٣٢٣/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، نيل الأوطار ٣٢٩/٦، شرح الكنز وحاشية الطائى ١٨٤/١، شرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣، فتح القدير ٣٦٧/٤.

وحجرى له حواء[1] وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال رسول الله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكحى"[2].

دل الحديث على أن الأم أحق بالحضانة، ولو كان المنازع لها هو الأب، حيث قدم حقها على حقه وإذا قدم حقها على حق الأب فإنها تقدم على من دونه من النساء والرجال.

ب- روى عن سعيد بن المسيب أن عمر طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبى بكر فقال له أبو بكر يا عمر مسحها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه"[3].

فهذا أبو بكر يقضى على عمر بأحقية الأم فى حضانة ولدها والصحابة يومئذ كثير ولم يوجد منهم من أنكر على أبى بكر، ولم يخالف عمر أيضا فكان ذلك إجماعا منهم على تقديم الأم فى الحضانة على غيرها.

٣- إن الأم أقرب إلى الولد وعليه أشفق وهى بتربيته أخبر وعلى التشاغل به أصبر فكانت أولى به من غيرها.

---

(١) الوعاء بفتح الواو، والمد وقد يضم الظرف، والحواء بكسر الحاء والمد اسم لكل شئ يحوى غيره أى يجمعه والسقاء بكسر السين ما يسقى منه، أى يسقى منه اللبن، النظم المستعذب ١٦٩/٢، مختار الصحاح صـ ٧٢٩، نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

٢- الجدات من جهة الأم:

إذا عدمت الأم أو كانت من غير أهل الحضانة فقد ذهب الجمهور من أهل العلم[١] إلى أن الحق فى حضانة الطفل بعدها ينتقل إلى أمهاتها ـ جدات المحضون لأمه[٢] ، وإن علون ـ تقدم منهن الأقرب فالأقرب بشرط أن يكن من أهل الحضانة[٣].

فإذا كانت أم الأم ـ جدة المحضون ـ من أهل الحضانة قدمت على غيرها، أما إن كانت غير أهل لها انتقل الحق إلى من يليها لأن البعيدة لاحق لها إلا عند عدم أهلية القريبة.

وعلى هذا فتقدم الجدة التى من جهة الأم على الجدة التى من جهة الأب ولا خلاف فى هذا إلا رواية عن الإمام أحمد[٤] حيث قال بتقديم

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فى المذهب والظاهرية والزيدية، يراجع البدائع ٤١/٤، المبسوط ٢١٠/٥، حاشية الدسوقى ٥٢٧/٢، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، الحاوى الكبير ٥١٢/١١، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٣/١٠، ٣٢٤، البحر الزخار ٢٨٧/٤، الهداية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

(٢) يرى الحنفية والشافعية أن الجدات من قبل أبى الأم يتأخرن أولا حق لهن فى الحضانة لضعف قرابتهن ولا دلائهن بذكر، أما الحنابلة فلا فرق بين أن تدلى بذكر أو بأنثى، المهم أن تكون جدة للمحضون من قبل أمه وكذلك قال المالكية لكن إن اجتمعا قدمت أم أمها على أم أبيها، المصادر السابقة.

(٣) سبق أن بينا شروط استحقاق الحضانة تفصيلا ، غير أن الحنفية والمالكية يسقطون حضانة الجدة إن سكنت مع الأم التى سقطت حضانتها بالزواج أو غيره فى منزل واحد فيشترط لاستحقاق الجدة الحضانة عندهم ـ أن تنفرد بالسكنى عن الأم التى سقطت حضانتها، يراجع البحر الرائق ١٨٣/٤، حاشية الرهونى ٢٥١/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٧/٢.

(٤) المغنى ٦٢١/٧، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣.

الجدات من قبل الأب عليهن، إذ إنهن يدلين بعصبة مع مساوتهن للجدات من قبل الأم فى الولادة فكن أولى بالتقديم.

أما دليل الجمهور على تقديم الجدات من جهة الأم مطلقا فهو أن الحضانة ولاية وهى مستفادة من قبل الأم فكل من يدلى بقرابة الأم يكون أولى بها، ثم إن الجدة من جهة الأم تشارك الأم فى الولادة، وهى أكثر شفقة على ولد ابنتها من غيرها فقدمت فى استحقاق الحضانة لذلك.

وأما دليلهم على تقديمهن على الجدات من جهة الأب فهو:

أ- أن الولادة فيهن متحققة وفى أمهات الأب لأجل الأب مظنونة.

ب- أنهن أقوى ميراثا من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم.

جـ- أنها تدلى بالأم ــ وهى مقدمة على الأب، فوجب تقديمها كتقديم الأم على الأب.

ويرى الشوكانى[1] أن الخالة تقدم على أم الأم مستدلا بحديث (الخالة أم) فقد جعل الخالة فى الحضانة بمنزلة الأم وقد ثبت بالإجماع أن الأم أقدم الحواضن فمقتضى التشبيه أن تكون الخالة أقدم من غيرها من أمهات الأم ولأن رسول الله ﷺ قاله عند وقوع التخاصم فى الحضانة فدل على أن الخالة مقدمة على غيرها من النساء إذ هى بمنزلة الأم.

---

(١) السيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا خلاف الشوكانى لجمهور أهل العلم حيث قدم الخالة على الجدات من قبل الأم مطلقا بحديث (الخالة أم ـ وفى رواية فإن الخالة والدة) فإنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدة التى من جهة الأم على الخالة لأن الجدة ـ أم الأم ـ أقرب إلى المحضون من الخالة، فقدمت عليها، وأما حديث الخالة أم فيحتمل أن يكون المراد به أنها أم، أو كالأم عند عدم وجود أم الأم أو عدم وجود المنازع لها فى الحضانة، ودليل ذلك أن أكثر الروايات التى ورد فيها هذا التشبيه جاءت فى قصة ابنة حمزة وتنازع على وجعفر وزيد فيها مما يدل على أن الجدة للأم كانت معدومة.

أو يقال أن هذا التشبيه غير مراد الظاهر، لأن ظاهر الحديث يوحى بان الخالة أولى من الأب ومن أم الأم، لأن الأم أولى منهما، لكن قيل أن الأب أقدم من الخالة بالإجماع[1] وإذا ترك العمل بظاهر الحديث فى حق الأب ترك العمل بظاهره فى حق أم الأم.

كما أنى أميل إلى ترجيح رأى الجمهور بتقديم الجدات من قبل الأم على الجدات من قبل الأب لما ذكروه من أدلة، ولانهن يقمن مقام الأم فى ذلك لمشاركتهن للأم فى الولادة، ولما كانت الأم مقدمة فى الحضانة على الأب كان من يدلى بها مقدم على من يدلى بالأب.

---

(١) حكى هذا الإجماع الصنعانى فى سبل السلام ٣/٢٢٩، كما ذكره الشوكانى فى نيل الأوطار ٦/٣٢٨، لكنه نازع فى حدوثه وحكى الخلاف فى ذلك عن الاصطخرى الشافعى.

ولأن أبا بكر الصديق ﷺ قضى بعاصم بن عمر لجدته أم أمه[1] وقد كان المنازع لها هو عمر بن الخطاب وهو أب الصبى وكان ذلك فى محضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، وإذا قضى به للجدة من جهة الأم والمنازع لها هو الأب فأولى أن يقضى لها بحضانة الطفل عند منازعة غيره.

٣- الجدات من جهة الأب :

إذا عدمت الجدات من جهة الأم أو كن من غير أهل للحضانة فمن يقدم بعدهن من النساء فى حضانة الطفل؟ الجدات من جهة الأب أو الخالات أو الأخوات؟ وللإجابة على ذلك نقول اختلف الفقهاء فيمن يقدم من النساء فى حضانة الطفل وحاصل خلافهم كالآتى:-

أ- ذهب المالكية والزيدية[2] إلى تقديم الخالات سواء كن شقيقات أو لأم أو لأب[3] على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات[4].

---

(١) روى مالك عن القاسم بن محمد قال كان عند عمر بن الخطاب أمرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثم إنه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابنى وقالت المرأة ابنى فقال أبو بكر خل بينها وبينه قال فما راجعه عمر. الموطأ بشرح الزرقانى ٢/٧٢، ٧٣، نصب الراية ٣/٢٦٦، ٢٦٧.

(٢) يراجع المدونة الكبرى ٢/٣٥٨، الفواكه الدوانى ٢/١٠٢، السيل الجرار ٢/٤٣٦.

(٣) ويراد بهن خالات المحضون ـ أخوات أمه ـ وعند عدمهن يقوم مقامهن خالات أم المحضون، وتقدم الشقيقة على التى للأم وتقدم التى للأم على التى للأب ، المصادر السابقة.

(٤) وعند عدم الخالات تقدم الجدات من جهة الأب على الأخوات.

وقد ذهب إلى تقديم الخالات على الجدات من جهة الأب الشافعى فى القديم وأحمد فى رواية وهو قول زفر من الحنفية[1].

واستدلوا لتقديم الخالات على الجدات من جهة الأب بما يلى:

١- روى عن النبى ﷺ أنه قضى ببنت حمزة لخالتها وقال " إنما الخالة أم " [2] فقد دل الحديث على أن الخالة أم أو بمنزلة الأم، فتقدم على غيرها ممن تتقدم عليهن الأم ولا شك أن الأم تقدم على الجدات فقدمت الخالة عليهن.

وقد بالغ قوم فى العمل بهذا التشبيه حتى إن الشوكانى[3] جعل الخالة مع الأب كالأم معه يثبت بينهما التخيير للصبى والاستهام عليه.

٢- إن الخالة تدلى بالأم، والجدة من جهة الأب تدلى بالأب، والأم مقدمة فى الحضانة على الأب فكذلك يقدم من يدلى بها على من يدلى به.

وكذلك الأخت الشقيقة أو لأم تدلى بقرابة الأم واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم فقد من على الجدات من جهة الأب.

ب - وذهب الحنفية والشافعية فى الجديد والحنابلة فى المذهب[4] إلى تقديم الجدات من جهة الأب على الخالة وعلى الأخوات.

---

(١) إلا أنهم يقدمون الأخوات على الخالات كما سيأتى فتكون الجدات من جهة الأب بعد الأخوات وبعد الخالات، يراجع المهذب ١٦٩/٢، المغنى ٦٢٠/٧، المبسوط ٢١٠/٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) السيل الجرار ٤٣٨/٢.

(٤) البدائع ٤١/٤، البحر الرائق ١٨٢/٤، الحاوى ٥١٣/١١ ، ٥١٤، المغنى ٦٢٠/٧،المبسوط ٢١٠/٥،الهداية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

وعلى هذا فإن حضانة الطفل عند عدم الجدات لأم، لجدته من جهة أبيه ــ أم الأب ــ ثم لأمهاتها وإن علون، ثم تنتقل إلى أم الجد ثم أمهاتها وإن علون(١).

وقد استدلوا لذلك بما يلى:

١- إن أم الأب جدة وارثة ــ إذ يثبت ميراثها مع الأبناء والخالة لا ميراث لها فقدمت الجدة عليها.

٢- إن أم الأب لها ولادة ووراثة فأشبهت الجدة للأم وهى مقدمة على الخالة فكذا هذه.

٣- إنها أشفق على المحضون منهن باعتبار الولاد فقدمت عليهن.

٤- إن الجدة أم فى نفسها كأم الأم، والأم مقدمة على غيرها فى الحضانة.

<u>الترجيح:</u>

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أميل إلى ترجيح القول الثانى القائل بتقديم الجدات من جهة الأب على الخالات وعلى الأخوات لما استدلوا به ولما يلى:-

١- الحديث الذى استدل به الفريق الأول لا يفيد مدعاهم لأنه يدل على أن للخالة حقا فى الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع وبيان ذلك.

---

(١) وإنما قدمت أم الأب لمباشرتها لولادته ثم تقدم أمهاتها وإن علون، على أم الجد لتقديم الأب على الجد فكان المدلى بالأب أحق من المدلى بالجد ــ الحاوى ٥١٣/١١.

أن قوله ﷺ الخالة أم يحتمل كونه فى ثبوت الحضانة أو غيره إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه فى ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق بالولد من كل من سواها، ولا دلالة على الثانى والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بكونها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق فى الحضانة، فإذا لم يدل الحديث على أنها أحق من غيرها كان دالا على أن لها حق فى الحضانة كغيرها فلم يثبت به مدعاهم.

٢- أما قولهم إن الخالة تدلى بالأم فيجاب عنه بأنه لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهى أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوارثة.

٣- **<u>الأخوات:</u>**

إذا قلنا بترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدات من جهة الأب على الأخوات والخالات، فعدمت الجدات وتنازع الخالات والأخوات فى حضانة الصبى فأيهن يقدم؟

اتفق أصحاب هذا القول على تقديم الأخت الشقيقة والأخت لأم على الخالات(١).

<u>ودليلهم على ذلك:</u>

١- أن الأخوات ـ الشقيقات أو لأم ـ راكضن المحضون فى الرحم وشاركنه فى النسب.

---

(١) وتقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأم لأنها تدلى بقرابتين ، يراجع البدائع ٤/٤١، البحر الرائق ٤/١٨٢، الحاوى ١١/٥١٤، المغنى ٧/٦٢١.

٢- ثم إنهن قدمن على الخالات في الميراث فقد من في الحضانة.

٣- ولأن الخالات يدلين إلى المحضون بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض أو عصبة فكان المدلى إلى نفس المحضون ويرثه كالأخوات أقرب وأشفق فكان أولى بالتقديم.

وبعد أن اتفق العلماء على ذلك اختلفوا فى تقديم الأخت لأب على الخالات، حيث ذهب الشافعية والحنابلة وهو رواية عن أبى حنيفة[1] إلى تقديم الأخت لأب كالشقيقة والتى للأم ، وذلك لأن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت أولى.

وذهب أبى حنيفة فى الرواية الأخرى وهى قول محمد وزفر وبها قال ابن سريح[2].

إلى تقديم الخالة على الأخت لأب، لأنها تدلى إلى المحضون بالأم أما الأخت لأب فتدلى بالأب فيقدم من يدلى بالأم على من يدلى بالأب.

الترجيح:

والذى أراه راجحاً هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وأبو حنيفة فى الرواية الأولى من القول بتقديم الأخت لأب على الخالة لما ذكروه من

---

(١) غير أن الحنفية وابن سريج والمزنى يقدمون الأخت للأم على الأخت للأب لأن المدلى بالأم أحق من المدلى بالأب، والشافعية والحنابلة يقدمون الأخت للأب على الأخت للأم إذ هى أقوى منها فهى تقوم فى الميراث مقام الأخت الشقيقة إذا عدمت فكذا فى الحضانة ، تراجع المصادر السابقة .

(٢) البدائع ٤/٤١،الحاوى ١١/٥١٤، المغنى ٧/٦٢١.

أدلة، ولوفور الشفقة إذ شفقة الأخت على أختها أو أخيها، ولو كانت من أبيها أكثر من شفقة الخالة على ابن أو بنت أختها، والاعتبار فى التقدم فى باب الحضانة هو توفر شفقة الحاضن على المحضون.

٤- **الخالات:**

مما سبق يتبين لنا أن بعض الفقهاء كالمالكية والزيدية يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات، إلا أن الجمهور يجعلونهن فى حضانة الصبى بعد مرتبة الجدات من جهة الأب وبعد الأخوات سواء كن شقيقات أو لأم اتفاقا أو كن أخوات لأب كما هو الراجح.

وعلى هذا :-

فإذا عدم الأخوات أو كن غير مستحقات للحضانة لفقد أحد الشروط انتقل الحق فى حضانة الطفل إلى الخالات وتقدم الخالة الشقيقة ثم التى للأب ثم التى للأم[(١)].

ويقدمن على العمات اتفاقا [(٢)].

---

(١) وعلى قول المزنى وابن سريج والحنفية تقدم التى للأم على التى للأب ، يراجع الحاوى ٥١٤/١١، المغنى ٦٢٢/٧، البدائع ٤٢/٤.

(٢) أما عند المالكية فلأنهن يقدمن على الجدات من جهة الأب، وعلى الأخوات فمن باب أولى يقدمن على العمات وأما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فلأنهن وإن استوين مع العمات فى الدرجة إلا أنهن يدلين إلى المحضون بالأم، وهى أولى بالحضانة من الأب فكذا من يدلى بها، يراجع البدائع ٤٢/٤، الدسوقى والشرح الكبير ٢٥٧/٢، الحاوى ٥١٤/١١، الكافى لابن قدامة ٣٨٢/٣.

العمات :

إذا عدم الخالات أو سقط حقهن فى الحضانة انتقل الحق بعدهـــن إلى العمات لادلائهن بأخوة الأب كإدلاء الخالات بأخوة الأم[1].

فتقدم العمة للأب والأم ثم العمة للأب ثم العمة للأم ، وقيل تقـــدم التى للأم على التى للأب كما سبق فى الخالات والأخوات.

---

(١) تراجع المصادر السابقة نفس الصفحات.

المطلب الثانى

غاية حضانة المرأة

إذا قلنا بأن للنساء[1] حق فى حضانة الطفل فهل لذلك غاية ينتهى إليها أم لا؟

ولبيان ذلك كان لابد من التفريق بين ما إذا كان المحضون ذكراً أو أنثى لاختلاف الحكم المترتب على ذلك عند بعض الفقهاء .

أولاً: إذا كان المحضون ذكراً:

إذا كانت الحضانة للنساء والمحضون ذكراً فقد اختلف الفقهاء فى وقت انتهاء حضانتهن له على أربعة أقوال:

القول الأول:

يرى أصحابه أن الغلام إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء بأن أكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فإن الأب أو من يقوم مقامه من الأولياء أولى به فينزع من الحاضنة له ــ أما أو غيرها ــ ويدفع إلى الأب ــ أو من يقوم مقامه ــ من غير تخيير للغلام.

---

(١) هذا إذا نازعهن فيها أحد ممن يستحقون الحضانة، أما عند عدم المنازعة فإن حضانتهن تستمر إلى أن يبلغ الغلام وتتزوج الأنثى، خلافاً للحنفية القائلين أن الأب أو الوصى يجبر على أخذ الولد من أمه، أو من تحضنه من النساء عند استغنائه لأنه أقدر على تأديبه وتعليمه. يراجع حاشية ابن عابدين ٦٤٠/٢، فتح القدير ٣٦٨/٤.

وقدر واحد الاستغناء بسبع سنين[١] ذهب إلى ذلك الحنفية[٢] والهادوية[٣] ورواية عن أحمد [٤].

ودليلهم على ذلك ما يلى:

أ- ما روى أن أبا بكر الصديق قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج أمه.

فقد جعل حضانته لأمه إلى أن يشب فدل على أنه بعد أن يشب لا حضانة لها، وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فكان ذلك إجماعاً على سقوط حضانة الأم عند بلوغ الغلام حد الاستغناء.

ب - إن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغ سبع بحديث " مروا أولادكم بالصلاة لسبع"[٥] وذلك لا يكون إلا إذا كان الولد عند الأب.

جـ - إن الغلام إذا استغنى عن أمه احتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر، مع

---

(١) تقديره بسبع هو عين تقديره بأن يأكل ويلبس ويستنجى وحده إذ لا فرق، لأنه إذا بلغ سبع أمكنه فعل هذه الأشياء بنفسه ألا ترى إلى ما يروى عن النبى ﷺ أنه قال " مروا أولادكم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً" والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة، فإن اختلفا فى بلوغه السبع نظر فإن كان يأكل وحده دفع إلى أبيه وإلا فلا من غير أن يحلف واحداً منهما، لأن اليمين للنكول ولا يملك أحدهما إبطال حق الولد فى كونه مع أمه قبل السبع ومع أبيه بعدها، انظر: ابن عابدين ٦٤٠/٢، البحر الرائق ١٨٤/٤.

(٢) المبسوط ٢٠٧/٥، البدائع ٤٢/٤.

(٣) سبل السلام ٢٢٨/٣.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٢/٣٤، نيل الأوطار ٣٣١/٦.

(٥) أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح ـ السنن للترمذى ٤١٦/١، السنن لابى داود ١٣٠/١.

أنه لو ترك فى يد الأم إلى وقت البلوغ لتخلق بـأخلاق النساء وتعلم آدابهن وفى ذلك ضرر عليه، فكان الأب بحضانته أولى .

د- عموم حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" فهو يدل على عدم التخيير إذ لو كان الاختيار إلى الصغير ما كانت أحق به.

القول الثانى :

إن الذكر لا يخير ويترك فى حضانة الأم [1] إلى البلوغ[2]، فإذا بلغ ارتفعت عنه الحضانة فيذهب حيث يشاء.

ذهب إلى ذلك المالكية وأحمد فى رواية [3] وهو قول ابن حزم[4].

ودليلهم على ذلك:

١- " حديث أنت أحق به ما لم تنكحى" فلو كان التخيير إلى الصبى ما كانت أحق به ما لم تنكح.

٢- إن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى إلى فساده.

---

(١) فإذا كان الغلام فى حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لابيه يعلمه ويأوى لأمه، بمعنى أنه لا يبيت إلا عند أمه، وإنما لم يمنع من الاختلاف لأبيه لأن للأب تعليمه وتأديبه وإسلامه، فى المكتب والصنائع ، التاج والإكليل ٢١٥/٤.

(٢) والمعتبر فى بلوغه هو السن أو الاحتلام والانبات، كما لا يشترط لرفع الحضانة عنه أن يبلغ رشيداً عاقلاً قادراً على الكسب فى المشهور وقيل يشترط، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

(٣) الفواكه للدوانى ١٠١/٢، حاشية الرهونى على شرح الزرقانى ٢٥٧/٤، ٢٥٨ ، المدونة ٣٥٦/٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٤) المحلى ٣٢٣/١٠، ٣٣١.

٣- إن من لم يبلغ سن السبع لا يخير إذ لا قول له فكذا من فوق السبع لا يخير إذ لا قول له أيضاً لأنه لم يبلغ بعد.

القول الثالث:

ذهب الشافعية وأحمد في المشهور والزيدية وبه قال شريح وإسحاق[١]. إذا بلغ الذكر حد الاستغناء [٢] عن النساء خير، فيكون مع من اختاره منهما[٣] لكن لا يجبر عليها وإن اختاره، فإن اختار الأم فامتنعت انتقل الحق إلى من بعدها وإن اختار الأب فامتنع انتقل الحق إلى من بعده وإن امتنعا معاً انتقل الاختيار لمن بعدهما إن كان وإلا أجبر

(١) الحاوي ٤٩٨/١١، وما بعدها، المهذب ١٧١/٢، فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤، الكافي لابن قدامة ٣٨٥/٣، ٣٨٦، السيل الجرار ٤٣٧/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٦، الأم للشافعي ٩٢/٥، مختصر المزني ص ٢٣٤.

(٢) وقد رو ذلك بسبع سنين أو ثمان لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، المغني ٦١٤/٧.

(٣) فإن اختارهما معا أقرع بينهما لتعذر اجتماعهما على كفالته ولا مزية لأحدهما على الآخر فكان التقديم بالقرعة لحديث استهما عليه، كما يقرع بينهما إن تردد في الاختيار حتى لا يترك وحده فيضيع، فإن اختار الأم لم يمنع الأب من تعاهد وتعليمه إن كان ذكراً لكن يبيت عند أمه، وإن اختار الأب لا تمنع الأم من زيارته حتى لا يعود على العقوق وقطيعة الرحم، وإن مرض كانت الأم أحق به، وإن كان أنثى فإنها تكون عند من اختارت ليلاً ونهاراً ولا يمنع الآخر من رؤيتها المهذب ١٧١/٢، ١٧٢، المغني ٦١٥/٧، وما بعدها ، السيل الجرار ٤٣٧/٢، ٤٣٨.

الحاكم من تلزمه نفقته[1] لا فرق فى ذلك بين الأبوين وغيرهمـــا ممـــن يستحقون الحضانة [2].

ودليلهم على ذلك:

أ- روى عن أبى هريرة أن النبى ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه[3].

وفى رواية أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجـــى يريد أن يذهب بأبنى وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى فقال: رسول الله ﷺ استهما عليه فقال زوجها من يحاقنى فى ولدى فقال النبى ﷺ هـــذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به[4].

ففى الحديث دليل على أن الأبوين إذا تنازعا فى ابن لـــهما كـــان الواجب هو تخييره فمن اختاره ذهب به.

ب- إن التخيير إجماع للصحابة فقد روى عن عمر أنه خير غلاماً بين أبويه [5] كما روى أن علياً خير عمارة الجذامى بين أمه وعمه ثم قال لأخ له صغير وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته وقال عمارة كنت ابن سبع أو ثمان سنين[6] وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر.

---

(١) حاشية قليوبى ٩١/٤.

(٢) فإن عدم الأب أو كان من غير أهل الحضانة كان الخيار بين الأم والعصبة، وإن عدمت الأم كان الخيار بين الأب ومن يستحق الحضانة بعدها، الحاوى ٥٢١/١١، المغنى ٥١٦/٧.

(٣) السنن لابى داود ٢٩٢/٢، السنن الكبرى للبيهقى ٣/٨.

(٤) رواه أبو داود فى السنن ٢٩٢/٢، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٥) السنن الكبرى ٤/٨ ، المصنف ١٥٦/٧، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٦) يراجع الأم للشافعى ٩٢/٥، السنن الكبرى ٤/٨، المصنف ١٥٧/٧.

فإذا ثبت التخيير عن عمر وعلى بمحضر من الصحابة من غير أن ينكر ذلك أحد كان هذا إجماعاً من الصحابة على تخيير الغلام ببلوغه حد الاستغناء، وسواء كان المنازع للأم هو الأب أو غيره من العصبة، كما فعل على مع أم عمارة وعمه.

جـ- إن النبى ﷺ قال: مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فقد خالف فى حكمه ما بين قبل السبع وما بعدها فوجب أن يكون حكمه فى الحضانة بعد السبع مخالفاً لحكمه قبلها ولا وجه للمخالفة إلا بالتخيير.

د- إن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره.

هـ- إن المقصود من الحضانة هو طلب الحظ للولد ومع ظهور تمييزه يكون أعرف بحظه فوجب أن يرجع إلى خياره لأنه عرف من برهما ما يدعوه إلى أن يختار أبرهما به.

وأعلم أن الذى يخير هو من كان مميزاً عاقلاً عقل مثله ليدرك حظ نفسه فى الاختيار، أما المجنون الذى لا يميز بين منافعه ومضاره فلا يخير ويكون مع أمه كحاله فى زمان الصغر[1].

(١) يراجع الحاوى ١١/٥٠١.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلتهم فإنني أرى أن القول الثالث القائل بتخيير الصبى إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء هو الأقوى دليلا لما يلى:

١- صحة حديث التخيير الذى استدلوا به وهو نص فى محل الخلاف، وإذا صح قدم على الرأى إذ لا مجال للرأى عند وجود النص.

٢- فإن قيل إنه معارض بحديث (أنت أحق به ما لم تنكحى) فيجاب عنه بوجهين :

أ- إن حديث ـ أنت أحق به الخ إن كان عاماً فى الأزمنة أو مطلقاً فيها فحديث التخيير يخصصه أو يقيده وبهذا يجمع بين الدليلين.

ب- أو يقال المراد بكونها أحق به فيما قبل السن التى يخير فيها لا فيما بعدها بقرينة حديث التخيير.

٢- ثبوت التخيير عن عمر وعلى وأبى هريرة وهى قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر فصار ذلك إجماعاً فلا تجوز مخالفته.

٣- قول الحنفية إن الأب أدرى بمصالح المعاش وما فيه منفعة الصبى فى حاله ومآله مردود بأن ذلك ممكن مع كون الصبى مع أمه وفى حضانتها، لأن تخييره بين الأبوين لا يمنع الآخر من تأديبه وتعليمه وتقويمه.

٤- قولهم إنه لا حكم لقوله فيجاب، بأن لا حكم لقوله فى الحقوق الواجبة كالإقرار والشهادة، لكن يحكم بقوله فى المصالح وفى الآذان

وقبول الهبة، وقد أمر رسول الله ﷺ عمرو بن سلمة أن يصلى بقومه وهو ابن تسع سنين فتبعه الرجال فى الصلاة[1] فلو لم يكن لقوله حكم ما جاز اتباعه، فكان تخييره فى حق نفسه أولى .

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا أن حجة أصحاب القول الثالث هى الأقوى إلا أننى أرى أن الأولى بالعمل هو أن يقال ــ التخيير لا يكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد ــ فلو كانت الأم أصون من الأب أو أغير منه قدمت عليه ولا التفات إلى اختيار الصبى فى هذه الحالة فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك لا التفات إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له، ولا تحتمل الشريعة غير هذا خاصة إذا قلنا أن حديث التخيير واقعة عين لا عموم فيها، والله يقول: ﴿ **قوا أنفسكم وأهليكم نارا** ﴾ [2] والنبى ﷺ قال " مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فإذا كانت الأم تتركه فى المكتب أو تعلمه القرآن والصبى يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به من غير تخيير وكذلك العكس ومما يؤيد ذلك ــ أن حديث التخيير ورد فى بعض طرقه أن النبى ﷺ دعا لذلك الغلام فقال اللهم سدده، فببركة دعاء الرسول ﷺ اختار ما هو أنفع له.

---

(١) رواه أبو داود ١/١٥٧.

(٢) بعض الآية ٦ من سورة التحريم.

٢- إذا كان المحضون أنثى:

كما اختلف الفقهاء فى وقت حضانة النساء بالنسبة للذكر اختلفوا فى وقت حضانتهن بالنسبة للأنثى وحاصل خلافهم يتمثل فى خمسة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية [١]:

إلى التفريق بين ما إذا كان النزاع بين الأب والأم والجدة أو بينه وبين غيرهما من النساء[٢].

فإذا كان النزاع بين الأب والأم أو الجدة فهى على حقها فى حضانتها حتى تحيض[٣]. أو تبلغ حد الشهوة[٤] على المفتى به أو تزوج[٥] فإن زوجت أو بلغت حد الشهوة ولو لم تحض سقطت حضانتها، وتسلم إلى أبيها من غير تخيير فى غير المزوجة حيث تستقل بنفسها،

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، ٢٠٨، البدائع ٤٢/٤، ٤٣ ، رد المحتار ٦٤١/٢، ٦٤٢، البحر الرائق ١٨٤/٤، ١٨٥.

(٢) هذا هو ظاهر الرواية ، وعند محمد وهو المفتى به أن الأم والجدة كغيرهن تترك الأنثى فى حضانتهن إلى أن تشتهى فقط ــ ابن عابدين ٦٤٠/٢.

(٣) ولو اختلفا فى حيضها فالقول للأم لأنه يدعى سقوط حقها وهى تنكر والقول للمنكر فى الشرع وقيل ينبغى أن ينظر إلى سنها فإن بلغت سناً تحيض فيه الأنثى غالباً فالقول له وإلا فلها، رد المحتار ٦٤٠/٢،البحر الرائق ١٨٥/٤.

(٤) اتفقوا على أن بنت احدى عشر مشتهاة وقيل بنت تسع فصاعداً مشتهاة اتفاقاً والأصح أن ذلك ليس له حد مقدر لأنه يختلف باختلاف حال المرأة ، البحر الرائق ١٨٤/٤، رد المحتار ٦٤٠/٢.

(٥) هذا إذا زوجت بعد أن صلحت للرجال أما إن زوجت قبل أن تبلغ ولم تصلح للرجال بعد لم تسقط حضانتها إلا فى رواية عن أبى يوسف إذا كان الزوج يستأنس بها. البحر الرائق ١٨٤/٤، رد المختار ٦٤١/٢.

إلى أبيها من غير تخيير فى غير المزوجة حيث تستقل بنفسها، وإنما فرقوا بينها وبن الذكر فى هذا وكان القياس أن تترك عند الأم إلى البلوغ كما فى الغلام، لأن الحضانة نوع ولاية ولأنها تثبت للأم فلا تنتهى إلا بالبلوغ كولاية الأب فى المال، فإذا استغنيا يكون الأب أحق بهما إلا أن الحنفية تركوا القياس فى الغلام بإجماع الصحابة فبقى الحكم فى الأنثى على أصل القياس.

ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال والأب على ذلك أقوم وأقدر، وهذا المعنى ليس موجوداً فى الأنثى فتترك فى يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك فى يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا إذا كانت عند الأم، ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحماً على وضم فلابد ممن يذب عنها، والرجال على ذلك أقدر ثم إنها إذا بلغت تحتاج إلى التزويج وولاية ذلك إلى الأب.

كما أنها تصير عرضة للفتنة وتكون مطمعاً للرجال، وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك.

أما إن كان المنازع للأب غير الأم والجدة من ذوات الرحم المحرم من النساء كالأخوات والعمات والخالات، بأن كانت الأنثى فى حضانتهن فالحكم فى الأنثى هو الحكم فى الذكر، وهو أن تترك فى أيديهن إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى

الأب، لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن فى تأديبها استخدامها، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات فلا يحصل المقصود من الحضانة وهى تعليمها وتخليقها بأخلاق النساء بخلاف الأم والجدة فيقدرن على استخدامها شرعا.

وإذا ثبت أن غير الأم والجدة لا يقدرن على استخدامها لم يكن هناك ما يدعوا إلى بقاء حضانتهن بعد أن تبلغ حد الاستغناء فتسلم إلى الأب احترازا عن الوقوع فى المعصية.

القول الثانى :

وإليه ذهب المالكية وأحمد فى رواية وهو قول الليث بن سعد[1] أن الأنثى تترك فى حضانة أمها حتى تبلغ النكاح فإذا بلغت مبلغ النكاح وكانت الأم[2] فى حرز وتحصين ومنعة فهى على حضانتها حتى تنكح[3] وإن بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة ما دامت بكرا,

فإن خيف على البنت فى موضع الأم، ولم تكن الأم فى تحصين ولا منعة أو تكون الأم غير مرضية فى نفسها ضمت البنت إلى أبيها أو

---

(١) حاشية الرهونى على شرح الزرقانى ٢٥٧/٤، ٢٥٨، الفواكه الدوانى ١٠١/٢ ، المدونة الكبرى ٣٥٦/٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٢) يلاحظ أن غير الأم من الجدات والعمات والخالات يقمن مقام الأم عند فقدها أو سقوط حضانتها، يراجع المدونة ٣٥٧/٢، حاشية الرهونى على الزرقانى ٣٥٨/٤.

(٣) فإن تزوجت بعد البلوغ تسقط حضانة الأم ولا تعود إليها وإن طلقت البنت، أما إن زوجت قبل البلوغ فتسقط حضانتها أيضا لكنها تعود بطلاق البنت. مواهب الجليل ٢١٤/٤.

غيره من الأولياء عند فقده إذا كان فى الموضع الذى تضـــم إليـــه كفاية وحرزا.

ودليلهم :

أن للأم حق فى الحضانة بقوله ﷺ " أنت أحق به ما لـــم تنكحـــى" فإن كانت فى حرز وتحصين ولا يخش على البنت عندها فهى على حقها لاينزع عنها، لأن النبى ﷺ جعل لها الحق دون غيرها من غير أن يحـــد ذلك بوقت ولم يسقط عنها هذا الحق إلا إذا نكحت، فما لم تنكح تظل على حقها فى حضانة بنتها أبدا إلى أن تزوج، أما إن كانت فى غير حـــرز أو تحصين أو كانت هى غير مرضية نزعت البنت منها وتدفع إلى ابنتـــها لان فى بقاء البنت عندها بعد بلوغها والحال هذا ضرر عليها والضـــرر مدفوع إذ لا ضرر ولا ضرار.

القول الثالث:

وذهب إليه الشافعية والزيدية[1].

أن الأنثى إذا بلغت حد الاستغناء عن الأم فإنها تخير بين أبويـــها فتكون مع من تختاره منهما[2].

---

(١) الحاوى الكبير ٤٩٨/١١، وما بعدها ، المهذب١٧١/٢، قليوبى٩١/٤،السيل الجرار ٤٣٧/٢.

(٢) الأنثى كالذكر فى جميع الأحكام، فحد الاستغناء هو سبع أو ثمان، وأنـــها إذا تـــرددت فـــى الاختيار أو اختارتهما معا فإنه يقرع بينهما، وأنه لا فرق بين أن يكون التنازع بين الأبوين أو بين غيرهما فإن لم يكن أب يكون التخيير بين الأم والمستحق للحضانة بعده من العصبة، وإن لم تكن أم كان التخيير بين الأب أو غيره من العصبة وبين الجدة أو مستحق الحضانة غيرهـا من النساء، كما أن الحضانة لا يجبر عليها واحد منهما وإن اختاره الصبى فلو اختارت البنت أحدهما فامتنع انتقل الحق إلى من يليه ولا يجبر على قبولها، انظر قول الشافعية فى تخيـــير الغلام صـــ.

وأدلتهم على ذلك هى نفس الأدلة التى ذكروها فى تخيير الغلام فلا حاجة إلى إعادتها.

القول الرابع:

وذهب إليه الحنابلة فى ظاهر المذهب[1].

أن الأنثى تترك فى حضانة الأم إلى أن تبلغ سبع سنين ثم تنتقل حضانتها إلى أبيها ولا تخير.

أ- أما دليل عدم تخييرها فهو أن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إلى ذلك فروعى جانبها فى ذلك.

ب- أما دليل ضمها إلى أبيها ونزعها من حضانة أمها فهو:-

١- أن الغرض بالحضانة الحفظ والحفظ للبنت بعد السبع فى الكون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها.

٢- أن البنت إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج بدليل تزوج النبى ﷺ عائشة وهى ابنة سبع[2] وإنما تخطب البنت من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغى أن يقدم على غيره.

(١) فتاوى ابن تيمية ١١٤/٣٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٦/٣، المغنى ٦١٦/٧، ٦١٧.

(٢) البداية والنهاية لابن كثير ١٥٧/٢، السنن لابن ماجة ٦٠٤/١، السنن لابى داود ٢٨٥/٤.

القول الخامس: وذهب إليه ابن حزم [1]:

أن الأم على حقها فى حضانة الأنثى إلى أن تبلغ المحيض فإذا بلغت المحيض فهى أملك بنفسها وتسكن حيث أحبت إذا أمنت من الوقوع فى معصية وإلا كان للأب أو غيره من العصبة أو الحاكم منعها من ذلك وأن يسكناها حيث يشرفان على أمورها.

الرأى المختار:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أرى أنه لا يسلم منها قول من نقد وجه إليه فلا أستطيع أن أرجح منها رأى بإطلاقه على آخر وبيان ذلك:

أولا:

ما ذهب إليه ابن حزم من أنها إذا بلغت المحيض ترفع عنها الحضانة، ولها أن تسكن بمفردها وتستقل عنهما لا يمكن العمل به خاصة مع فساد الزمان، فالأنثى ولو كانت كبيرة عاقلة رشيدة تحتاج إلى الحفظ والستر ولذا نهيت عن السفر إلا مع زوج أو محرم لحاجتها فى حفظها إلى الرجال ـ وهذا مع كبرها ـ فكيف بها إذا كانت صغيرة مميزة وبلغت سن فوران الشهوة فيها وهى قابلة للانخداع.

لذلك نجده يقول إن خيف عليها كان للأب أو الحاكم أو الجيران منعها من ذلك، فإذا لم تكن لهم ولاية عليها فكيف يحق لهم أن يمنعوها، لذلك فإننى أرى وجوب بقاء الحضانة عليها وعدم استقلالها ولو بلغت.

ثانيا:

---

(1) المحلى ١٠/٣٢٣، ٣٣١.

القول بتخييرها أيضا قول معيب، لأنها إذا خيرت فكانت عند الأم تارة وعند الأب تارة أفضى ذلك إلى كثرة بروزها وتبرجها وانتقالها من مكان إلى مكان، ولا يبقى الأب موكلا بحفظها ولا الأم لأن العـادة أن ما يتناوب الناس على حفظه يضيع.

ثم إن اختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر فى الاحسان والصيانـــة فلا يبقى الأب تام الرغبة ولا الأم تامة الرغبة فى حفظها، ثم إن ترددهـــا بين الأبوين يجعلها لا يجتمع قلبها على مكان معين ولا يجتمع قلب أحـــد الأبوين على حفظها، ثم إن تمكينها من اختيار هذا تارة وهذا تارة يخـــل بكمال حفظها ويكون زريعة إلى ظهورها وبروزها فيكون الأصلح لـــها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخيير.

كما أنه لم يرد فى تخييرها نص حتى يعول عليه، وقياسها علـــى الولد لا يصح إذ الفرق ظاهر بين تخييرها وتخيير الابن لا سيما والولـــد محبوب مرغوب والبنت مزهود فيها، فأحد الوالدين قد يزهد فيـــها مـــع رغبتها فيه فكيف مع زهدها فيه، فالأصلح لها لزوم أحدهمـــا لا الـــتردد بينهما.

ثالثا:

إذا قلنا بعدم استقلالها وبعدم تخييرها فلمن تكون الحضانـــة مـــن الأبوين:

البعض يجعلها للأم والبعض الآخر يجعلها للأب كما سبق.

غير أنى أرى أن المراعى فى ذلك هو صيانة البنـــت فيجـــب أن تكون الحضانة لمن يصلحها ويدفع مفسدتها منهما لـــذا نجـــد المالكيـــة

يفرقون بين حال تكون الأم فى حـــرز وتحصيـــن فيجعلـــون لـــها الحضانة وبين أن تكون فى غير حرز وتحصين أو تكون غير مرضيـــة فينزعون البنت عنها.

فإذا كان أحد الأبوين حافظا لها والآخر يضيعها فلا شـــك أنـــها تجعل عند من يحفظها أبا كان أو أما.

فإذا فرض أن الأب ديوث لا يصونها والأم تصونـــها فـــإن الأم تكون أولى بحضانتها من غير نظر إلى اختيارها، وإذا كان الأمر علـــى العكس من ذلك قدم الأب وسقطت حضانة الأم ، لأنها ولايـــة مصلحـــة فالمعتبر فيها هو ما يصلح به المحضون.

وعلى هذا فإنى أرى أن الأولى بالحضانة هو من يحفـــظ الأنثـــى ويصونها ويأمرها بالطاعة ويبعدها عن المعصية منهما.

شروط التخيير:

مما سبق علمنا أن بعض الفقهاء يقول بتخيير المحضون ببلوغـــه حد الاستغناء سواء كان ذكرا أو أنثى، ومنهم من يخير الذكر دون الأنثى إلا أن هذا التخيير عندهم مشروط بثلاثة شروط[١]:

الشرط الأول: أن يكون المحضون عاقلا.

فإن كان معتوها أو مجنونا لم يخير ويكون عند الأم، لأن المجنون والمعتوه لا يميز بين منافعه ومضاره فيصير بمنزلة الطفـــل وإن كـــان كبيرا.

---

(١) الحاوى ٥٠١/١١، المغنى ٦١٦/٧.

ولو خير الولد فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها اشفق عليه وأقوم بمصالحة كما فى حال طفولته.

الشرط الثانى: انتهاؤه إلى السن التى يستحق التخيير فيها:

وقدروها بسبع أو ثمان ــ وليس ذلك اختلاف قولين بل هو اختلاف حالين فى مراعاة أمره فى ضبطه وتحصيله ومعرفة أسباب الاختيار فقد يتقدم ذلك فيه ويوجد لسبع لفرط ذكائه وقد يتأخر لقلة فطنته فالأول يخير لسبع والثانى يخير لثمان.

الشرط الثالث: أن يكون الأبوين من أهل الحضانة:

يشترط فيمن يقع التخيير بينهما ــ أبا وأما ــ أو غيرهما ممن يقوم مقامها أن يكونوا من أهل الحضانة بأن تتوفر فيهم شروط استحقاق الحضانة، وهى العقل والإسلام والعدالة واجتماعهما فى وطن واحد وخلو المرأة عن الزوج وقد سبق بيان ذلك مفصلا.

المبحث الثانى

انفراد الرجال بالحضانة

إذا اجتمع الرجال من أقارب الطفل يتنازعون حضانته منفردين عن النساء ، حيث لا نساء، أو كان معهم نساء وسقط حقهن فى الحضانة، فمن الذى يستحق الحضانة منهم، وما هى مراتبهم فيها؟

ولكى نجيب على ذلك فإننا سنحصر كلامنا فى مطلبين:

المطلب الأول

المستحقون للحضانة من الرجال

المستحقون للحضانة من الرجال : ثلاثة أصناف

الصنف الأول: هم العصبة الوارثين[1]:

فلا حضانة لذكر تكون قرابته للمحضون من جهة النساء، وعلى هذا فلا حضانة لذوى الأرحام كالجد لأم[2] والعم لأم والخال وابن الأخت وبنو الخالات والعمات والأخ لأم مع وجود أحد من أهل الحضانة وهم العصبة.

---

(١) البدائع ٤٣/٤/ رد المحتار ٦٣٨/٢، التاج والإكليل ٢١٦/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، الحاوى ٥١٦/١١، ٥١٧، شرح المحلى على المنهاج مع قليوبى ٨٩/٤، المغنى ٦٢٢/٧،٦٢٣، ،نكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٢) وافق المالكية الجمهور فى القول بأن الجد لأم لا حضانة له ولم يخالف فى ذلك إلا اللخمى حيث يرى أن له فيها حقا لأنه أب ذو حنان تغلظ عليه الدية ويسقط عنه القود، وعلى هذا فمرتبته تلى مرتبة الجد لأب، فيكون متوسطا بين الجد لأب وابن الأخ، يراجع الدسوقى والشرح الكبير ٥٨٢/٢، المواهب والتاج ٢١٦/٤.

ولعل السبب فى عدم استحقاقهم للحضانة هو أن الذكور من ذوى الأرحام فاقدون لآلة التربية وهى الأنوثة التى هى السبب الأقوى فى استحقاق الحضانة، فهم ليسوا نساء يتولون الحضانة بأنفسهم ولا لهم قوة قرابة كالعصبات.

ويشترط فى العاصب حتى يستحق الحضانة أن يكون محرما للمحضون وإن كان أنثى[1].

وعلى هذا فلا حق لابن العم فى حضانة ابنة عمه ــ وإن كان عاصبا لها ــ لأنه ليس بمحرم منها إذ يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها.

أما إذا كان المحضون ذكرا فإن لابن عمه الحق فى حضانته عند عدم من هو أولى منه لأنه عصبة له.

<u>الصنف الثانى :</u>

الوصى[2] وهو من يعينه الأب لرعاية أبنائه من بعده، ويلحق به وصى الوصى ومقدم القاضى.

ومحل استحقاق الوصى للحضانة فيما إذا كان المحضون ذكرا صغيرا أو كبيرا، أما إن كان المحضون أنثى فإن كانت كبيرة لا حق له فى حضانتها إلا إذا كان محرما لها أو كان الوصى أنثى.

---

(١) ذهب إلى ذلك الجمهور، وذهب الشافعية فى الصحيح إلى عدم سقوط حقه فى الحضانة لوفور شفقته بالولاية لكنهم يقولون لا تسلم إليه الأنثى المشتهاة وإنما إلى ثقة يعينها هو كبنته ونحوها بشرط كونها ثقة: قليوبى وشرح المحلى على المنهاج ٨٩/٤.

(٢) لم يقل بهذا إلا المالكية، يراجع الفواكه للدوانى ١٠٣/٢ ، الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٨/٢، التاج والإكليل مع المواهب ٢١٦/٤.

أما إذا كانت صغيرة فإن له حق حضانتها ولـــو لـم يكـن محرما لها وقيل ليس له الحق فى حضانة الأنثى مطلقا، إذ ليـــس بينــه وبينها محرم.

الصنف الثالث: ذوى الأرحام عند عدم غيرهم:

إذا لم يوجد أحد من المستحقين للحضانة من العصبـــات أو وجــد وسقط حقه فيها، ووجد أحد من ذوى الأرحام المحرمين[١] كالخال وأبـــو الأم وابن الأخت والأخ لأم فقد ذهب الحنفية والمالكية وهو وجه للشافعية والحنابلة[٢] إلى أنهم يستحقون الحضانة ويتقدمون على الأجانب، لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم الوارث فكذلك يحضنون عند عدم مـــن يحضن.

المطلب الثانى

مراتبهم

بعد أن ذكرنا المستحقين للحضانة من الرجال إجمالا نذكـــر الآن مراتبهم فنقول:

١- الأب:

---

(١) احترز به عن ذوى الأرحام غير المحرمين كابن العمة والخالة حيـث لا حـق لـهم لعـدم المحرمية، رد المحتار ٦٣٩/٢.

(٢) وللشافعية والحنابلة وجه آخر أنه لا حق لهم فى الحضانة فهم والأجانب فيها سواء فإن قدموا فمن طريق الأولى دون الاستحقاق والا انتقل الأمر إلى الحاكم، يراجع الحـــاوى ٥١٦/١١، المغنى ٦٢٣/٧، الكافى ٣٨٣/٣، البحر الرائق ١٨٤/٤.

مما لا خلاف عليه أن أحق الذكـــور بالحضانـــة.هــو الأب لأختصاصه بمباشرة الولادة وتميزه بفضل الحنو والشفقة.

٢- الجد وإن علا:

يأتى فى المرتبة الثانية بعد الأب أباته الذين ولـــدوه يتقـدم بـــها الأقرب فالأقرب ويكون أبعد الآباء درجة أحق بها مـــن الأخـــوة ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء[١] ، ولـــم يخـــالف فـــى هـــذا إلا المالكية[٢].

حيث يقولون بتقديم الوصى على جميع العصبة غير الأب.

كما يقولون بتقديم الأخ على الجد سواء كان قريبا أو بعيدا وإنمـــا قدم الوصى على العصبة لأنه مقدم بإجتهاد الأب ومن اجتهد فيـــه الأب أقوى وأولى، ولو علم أن ذلك التقديم كان لشنئان بين الأب وبين جد الولد أو أخيه لقدم الجد والأخ على الوصى لأن عليهما فـــى تربيـــة غيرهمـــا لولدهما معرة مع علمنا أن رغبة الأب عنهما لم تكن حسن نظر.

أما إن كان الشنئان بين الأب وعم الولد أو ابن عمه فإنـــه يقـدم عليهما الوصى لأنهما يتهمان فى عداوته والإساءة إليه لعداوة الأب.

٣- الأخوة [٣]:

إذا عدم الأجداد كان الأخوة أحق بالحضانة من غيرهم وأولاهم

---

(١) البدائع ٤٣/٤، رد المحتار ٦٣٨/٢، الحاوى ٥١٧/١١، ٥١٨، المغنى ٦٢٢/٧.

(٢) يراجع الدسوقى والشرح الكبير ٥٨٢/٢، التـــاج والإكليـــل ٥١٦/٤، حاشـــية المدنـــى علـــى كنون ٢٥٢/٤.

(٣) سبق أن ذكرنا أن المالكية يقدمون الأخ على الجد فى استحقاق الحضانـــة ، وأن الجمـــهور يقولو بتقديم الجد وإن علا على الأخوة ، انظر ما سبق صـــ.

بها الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم الأخ الأم [1].

٤- أبناء الأخوة[2]:

إذا عدم الأخوة وكان لهم أبناء فنازع الأعمام فى حضانة الصبى فقد ذهب الجمهور[3] إلى تقديم أبناء الأخوة على الأعمام لقوة تعصبهم فى حجب الأعمام عن الميراث، وعلى هذا يقدم بها ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم أبنائهم وإن سفلوا.

ولا حق فيها لابن الأخ لأم إلا عند المالكية لأنه غير وارث عند الشافعية ولأنه من ذوى الأرحام عند غيرهم وقيل[4] يقدم الأعمام على أبناء الأخوة، لأنهم أقرب منهم درجة.

٥- الأعمام:

يأتى بعد أبناء الأخوة فى استحقاق الحضانة أعمام الصبى يتقدمهم العم الشقيق ثم العم للأب، ولا حق فيها للعم لأم [5] لأنه لا يرث.

---

(١) هذا عند المالكية والشافعية غير أن المالكية يقدمون الأخ لام على الأخ لأب، أما الحنفية والحنابلة فإن الأخ لام من ذوى الأرحام فلا حق له فى الحضانة عند وجود من هو أولى منه من العصبة ، يراجع : البدائع ٤٣/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، الحاوى ٥١٨/١١، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٢) سبق أن ذكرنا أن اللخمى المالكى يقدم الجد لأم على ابن الأخ فى استحقاق الحضانة.

(٣) انظر المصادر السابقة.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية فى وجه يراجع الحاوى ٥١٨/١١.

(٥) إلا عند المالكية حيث يقولون باستحقاقه للحضانة ويقدمونه على العم لأب ـ حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

ثم تنتقل بعدهم إلى أبنائهم وإن سفلوا يتقدمون بها على أعمام الأب[1] لكن لا تدفع إليهم الأنثى لأنهم غير محارم كما سبق.

٦- إذا لم يوجد من العصبة أحد أو وجد وسقط حقه فى الحضانة انتقلت إلى ذوى الأرحام على خلاف فى ذلك[2] .

عند التساوى[3]: إذا تساوى اثنان من أهل الحضانة كأخين وعمين ونحوهما فإننا نقدم من كان عنده صيانة وشفقة على مساويه فى المرتبة إذا خلا عن ذلك، فإذا كان عندهما صيانة وشفقة وأحدهما أكثر من الآخر صيانة وشفقة للمحضون عن غيره فإنه يقدم.

فإن وجد عند أحدهما الصيانة ووجد عند الآخر الشفقة فقيل يقدم صاحب الشفقة، فإن تساووا فى الصلاح والشفقة قدم الأكبر سنا فإن تساويا فى كل شئ أقرع بينهما.

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٦٣٨/٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

(٢) أولاهم بها الأخ لأم ثم أولاده ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ثم لأب ثم لأم وقيل بغير ذلك الترتيب، هذا عند الجمهور أما عند المالكية فإن الجد لأم من المستحقين للحضانة عند اللخمى وكذلك الأخ لأم وابنه والعم لأم وابنه كلهم يستحقون الحضانة ويقدمون على الأخ لأب وابنه وعلى العم لأب وابنه كما سبق، يراجع البحر الرائق ١٨٤/٤، الشرح الكبير ٥٢٨/٢،الحاوى ٥١٧/١١، الكافى ٣٨٣/٣.

(٣) يراجع البدائع ٤٣/٤، البحر الرائق ١٨٤/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، التاج والإكليل ٢١٦/٤، المغنى ٦٢٤/٧، المحلى ٣٢٤/١٠.

المبحث الثالث

اجتماع الرجال والنساء

إذا اجتمع الرجال والنساء وتنازعوا حضانة الطفل فايهم أولى أن يقدم على غيره؟

وهل يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه أم لا؟ إليك بيان ذلك فى مطلبين:

المطلب الأول

فيمن يقدم بالحضانة

اتفق الفقهاء[(١)] على أن الأم أحق بالحضانة من غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب ما لم يمنع من ذلك مانع[(٢)] ودليل ذلك:

أ- روى أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثدى له سقاء وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه من فقال رسول الله ﷺ : " أنت أحق به ما لم تنكحى"[(٣)].

فقد حكم لها النبى ﷺ بحضانة الطفل دون الأب فدل على تقديم حقها فى الحضانة على حقه.

---

(١) المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهونى على شرح الزرقانى ٢٤٩/٤، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، السيل الجرار ٤٣٨/٢، المحلى ٣٢٣/١٠، سبل السلام ٢٢٧/٣، نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٢) سبق أن ذكرنا الشروط الواجب توافرها فى مستحق الحضانة فإذا اختل شرط منها كان ذلك مانعاً من استحقاق الحضانة.

(٣) سبق تخريج الحديث.

ب- ما روى أن أبا بكر قضى على عمر بن الخطاب بحضانة ابنه عاصم لأمه وقال له ريحها وحجرها خير له من عسل وسمن عندك يا عمر[(١)].

فهذا أبو بكر يقضى بتقديم الأم على الأب فى حضانة الطفل والصحابة مجتمعون ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعا على تقديم الأم فى الحضانة على غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب.

جـ - إنها مباشرة للولادة قطعاً وإحاطة وهى فى الأب مظنونة فكانت أولى.

د- أنها أكثر حنواً وإشفاقاً فكانت أولى.

هـ- إنها بتربيته أخبر وعلى التشاغل به أصبر فقدمت على غيرها.

٢- أمهات الأم:

إذا عدمت الأم أو سقط حقها فى الحضانة فأولى الناس بحضانة الطفل من أقربائه جدته لأمه ـ أم أم المحضون ـ ثم أمهاتها وإن علون الأقرب فالأقرب ذهب إلى هذا الجهور من أهل العلم[(٢)].

ولم يخالف هذا إلا الحنابلة فى رواية ضعيفة عن أحمد[(٣)] أن الأب يقدم عليهن فيكون أولى منهن بحضانة الطفل عند عدم الأم أو سقوط

---

(١) سبق ذكر الأثر.

(٢) هذا إذا لم يمنع من استحقاقها للحضانة مانع كما سبق بيانه صـ راجع البحر الرائق ومنحه الخالق ١٨٢/٤، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، الاقناع فى حل ألفاظ ابن شجاع ١٩٤/٢، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٣/١٠، البحر الزخار ٢٨٧/٤.

(٣) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت لأم والخالة أحق من الأب فيقدم من على الأمهات لأم يرجع المغنى ٦٢٣/٧.

حضانتها، والشوكانى[1] حيث ذهب إلى تقديم الخالة عليهن.

والأصح ما عليه الجمهور من أن الحضانة بعد الأم لأمهاتها وإن علون، لأن حق الحضانة بسبب الأمومة، وهى أم تدلى بأم فكانت مقدمة على غيرها، ولأنهن ـ الجدات من جهة الأم ـ نساء ولادتهن متحققة فكن فى معنى الأم فقد من.

٣- الأب:

إذا عدمت الأم وأمهاتها أو سقطت حضانتهن فقد ذهب الشافعية[2] والحنابلة فى المذهب[3] والظاهرية[4] والزيدية[5].

إلى القول بانتقال الحق فى الحضانة إلى الأب، لأن له من الولادة والاختصاص بالنسب وفضل الحنو والشفقة ما ليس فى غيره ممن عدم الولادة، ومن اختص بالولادة من الرجال والنساء يقدم فى الحضانة على غيره ممن عدمها، فإن تساوى فى الولادة أبوان قدمت الأم على الأب بالانوثية المختصة بالتربية.

وذهب الحنفية[6] وهو قول الاصطخرى الشافعى[7].

---

(١) حيث يعتبرها مع الأب كالأم معه يثبت بينهما التخيير للصبى واستدل لذلك بحديث (الخالة أم) يراجع السيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦ .

(٢) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت لأم والخالة أحق من الأب فيقدمن على الأمهات لأم يراجع المغنى ٦٢٣/٧.

(٣) ولأحمد رواية أخرى أن الخالات يقدمن على الأب وكذلك الأخت لأم ـ المغنى ٦٢٣/٧.

(٤) المحلى ٣٢٣/١٠.

(٥) ويرى الشوكانى تقديم الخالة على الأب ـ السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٨.

(٦) البحر الرائق ١٨٣/٤.

(٧) الحاوى ٥١٩/١١.

أن النساء يتقدمن فى حق الحضانة على الرجـــال[1] ويقــدم منهن من كان من جهة الأم على من كان من جهة الأب وقد سبق بيـــان مراتب النساء فى الحضانة فى صــــ

وقريب من قول الحنفية ما ذهب إليه المالكية[2].

من القول بتقديم الخالات وكذلك الجدات لأب وإن علـــون علـــى الأب وقد سبق أيضا صــــ .

٤- الجدة من جهة الأب:

سبق أن ذكرنا أن الحنفية والمالكية يقدمون الجدات من جهـة الأب على الأب فى استحقاق الحضانة[3].

أما الزيدية[4] فإنهم يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب إذ منزلتهن بعد منزلة الأب.

أما الشافعية والحنابلة[5] فيجعلون الحضانة بعد الأب عنـــد عـــدم وجوده أو سقوط حقه فيها لامهاته وإن علون.

٤- الجد وإن علا:

يرى الشافعية والحنابلة والظاهرية[6].

---

(١) حيث جعلوا منزلة العصبة متأخرة بعد جميع النساء والأب من العصبة فكان متأخرا عنهن.

(٢) التاج ٢١٥/٤، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢.

(٣) يراجع صــــ.

(٤) السيل الجرار ٤٣٦/٢.

(٥) الحاوى ٥١٩/١١، المغنى ٦٢٣/٧.

(٦) المصادر السابقة ، المحلى ٣٢٣/١٠.

أن حق الحضانة بعد أمهات الأب ينتقل إلى الجد ثم لأمهاته ثم إلى أبى الجد ثم أمهاته، حتى يستوعب عمود الأباء والأمهات لا يتقدم عليهم مع وجود الولادة فيهم من عدمها.

وعند الحنفية منزلة الجد متأخرة عن منزلة الأخوات والخالات لأنه من العصبة وكذلك عند المالكية [1].

٦- الأخوات والأخوة:

إذا انقرض المستحقين للحضانة من الآباء والأمهات انتقلت عند الحنابلة والشافعية فى أحد وجهين[2] إلى الأخوات وتقدم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخت من الأم .

وإنما قدمن على الأخوة لأنهن نساء من أهل الحضانة فقد من على من فى درجتهن من الرجال كالأم تقدم على الأب وقيل الأخ أحق بالحضانة منهن لأنه من العصبة يحق له القيام بتأديب المحضون وتقويمه، كما له أن ينقله إلى وطنه عند الانتقال من مكان الحضانة والأصح تقديم الأخت على الأخ لأنها انثى أشفق وأعطف.

وعند الحنفية[3] تنتقل الحضانة للأخوات بعد أم الأب حيث يتقدمن على الأجداد لأنهن نساء يتقدمن على العصبة وتقدم الشقيقة ثم التى للأم ثم التى للأب.

---

(١) البدائع ٤١/٤، ٤٣، التاج والإكليل ٢١٥/٤، ٢١٦.

(٢) الحاوى ٥١٩/١١، المغنى ٦٢٣/٧، ٦٢٤.

(٣) البدائع ٤١/٤.

وكذلك المالكية[1] يقدمون الأخوات علـــى الأجـداد، لكنـــهم يقدمون الخالات وجميع قرابات الأم عليهن.

٧- الخالات [2] :

ينتقل الحق فى الحضانة بعد الأخوة إلى الخالات عنـــد الشـــافعية والحنابلة[3]

وتقدم الشقيقة ثم التى للأب ثم التى للأم، وكذلك عنـــد الحنفيـــة[4] لكنهم يقدمون التى للأم على التى للأب.

أما المالكية[5] فالخالات يأتين بعد الجدة للأم فى المرتبة ويقدمـــن على أم الأب، وعلى الأب والجد والأخوات وغيرهن

٨- العمات ثم الأعمام:

ينتقل الحق فى الحضانة بعد الخالات إلى العمات عند الشـــافعية والحنابلة[6] فإذا عدمن انتقل الحق إلى الأعمام ـ ويقدم بها الشـــقيق ثـــم الذى للأب.

---

(١) الفواكه الدوانى ١٠٢/٢.

(٢) سبق أن بينا أن لا حضانة للأخوال لأنهم من ذوى الأرحام فلا يحضنون إلا عند عدم وجـود من يستحق الحضانة من الرجال والنساء وحينئذ يقدمن على من كان أجنبيا من المحضون.

(٣) الحاوى ٥٢٠/١١ ، المغنى ٦٢٤/٧.

(٤) البحر الرائق ١٨٢/٤، البدايع ٤٢/٤.

(٥) التاج والإكليل ٢١٥/٤.

(٦) الحاوى ٥٢٠/١١، المغنى ٦٢٤/٧.

ويرى الحنفية والمالكية[1] أن العمات يأتين بعد الخالات فى المنزلة كما يقول الشافعية والحنابلة غير انهم يؤخرون الأعمام عن غيرهم من النساء إذ هم من العصبة وهى متأخرة عن جميع النساء.

ملاحظة:

بعد أن رتبنا المستحقين للحضانة عند اجتماع الرجال والنساء على النحو السابق يتضح لنا اختلاف الفقهاء فى هذا الترتيب اختلافا كبيرا حيث لا يكادون يجمعون إلا على تقديم الأم على جميع النساء والرجال وذلك لمكان النص الوارد فى ذلك.

كما نجد شبه اجماع على تقديم أمهات الأم بعدها على غيرها من المستحقين للحضانة رجالا ونساء لولا أن الشوكانى قد عارض فى ذلك وقدم عليهن الخالات لمكان الحديث (إنما الخالة أم).

بعد ذلك لا نجدهم يتفقون على شئ من هذا الترتيب ولعل السبب فى ذلك هو عدم وجود دليل يدل على شئ من ذلك بل مجرد آراء خلت عن الأدلة فكلٌ يقدم من وجهة نظره من هو مظنة للحنو على الصبى.

وبناء عليه فإنى أرى أن حق الحضانة عند التنازع يكون محصورا بين الأم وأمها والأب وأمه، فتقدم الأم ، وعند عدمها أو سقوط حقها تقدم أمها على الأب، ثم بعد ذلك ينتقل الحق إلى الأب عند وجوده.

فإن عدم أو كان غير أهل لها تقدم أمهاته ولا ينتقل الحق عن هؤلاء إلى من بعدهم من الرجال والنساء إلا عند عدمهم أو سقوط حقهم فيها.

---

(١) البدائع ٤٢/٤، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢.

المطلب الثانى

لا يسقط حق الفرع فى الحضانة إسقاط الأصل لحقه

إذا أسقط مستحق الحضانة كالأم أو الأب حقه فى الحضانة فهل يسقط بذلك حق فرعه فيها أم لا؟

للعلماء وجهان فى ذلك:

الأول: يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه[1].

فإن أسقطت الأم حقها سقط حق أمهاتها وينتقل الحق فيها للأب لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق فإن أسقطت حقها سقط حق فروعها، وكذلك الأب إن اسقط حقه سقط حق أمهاته لأنهن فرع عليه.

الثانى: وهو الأصح لا يسقط حق الفرع لسقوط حق الأصل[2].

وعلى هذا فإذا أسقطت الأم حقها انتقل الحق بعدها إلى أمهاتها، لأن الحضانة حق الولد، وبإسقاط الأم لحقها بقى حق الولد فصارت كالميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى.

ولأنه لو سقط حق الأم بزواجها أو لكونها غير أهل للحضانة لا يسقط حقهن فكذلك لو أسقطته بنفسها وكذا الحكم فى الأب.

---

(١) ذهب إلى ذلك الحنابلة فى وجه وبه قال بعض القرويين من المالكية، مواهب الجليل ٢١٩/٤،المغنى ٦٢٤/٧،الكافى لابن قدامة ٣٨٤/٣.

(٢) ذهب إلى ذلك الحنفية وهو الأصح عند الحنابلة وهو قول الشافعية وقياس قول المالكية وهو المعتمد عندهم ،يراجع حاشية ابن عابدين ٦٣٦/٢، المغنى ٦٢٤/٧، الحاوى ٥٠٦/١١، مواهب الجليل ٢١٦/٤، حاشية الدسوقى ٥٣٣/٢، الاقناع ١٩٦/٢، الكافى لابن قدامة ٣٨٤/٣.

ولأن حق القريب سقط لمعنى اختص به فاختص السقوط بـــه كما لو سقط لمانع.

الفصل الثالث

نفقة[1] المحضون وأجر الحضانة

مما لا شك فيه أن المحضون سواء كان رضيعا أو فطيما يحتاج إلى الطعام والشراب والكسوة والسكنى وغيرها من وجوه النفقة فعلى من تجب، وهل يجب على الأم رضاعه وهل تستحق الحاضنة أجرة لهذا الرضاع ثم أخيرا هل تستحق الأجر على حضانته أم لا؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال هذه المباحث.

المبحث الأول

نفقة المحضون

إذا قلنا بثبوت النفقة للمحضون فعلى من تجب وما شروط وجوبها وما مقدارها، وما الحكم لو امتنع من وجبت عليه عن دفعها هذا ما سنبينه فى المطالب التالية .

(١) النفقة اسم من الإنفاق وما ينفقه الانسان على عياله، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة وجمعها نفقات، وهى فى الشرع ما به قوام معتاد حال الآدمى دون سرف، أو هى للطعام والكسوة والسكنى، المعجم الوسيط ٩٨٠/٢، البحر الرائق ١٨٨/٤، ابن عابدين ٦٤٣/٢، ٦٤٤، الفواكه الدوانى ١٠٤/٢.

المطلب الأول

نفقة المحضون على أبيه

مما لا خلاف عليه بين أهل العلم أن نفقة الولد الصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد[1].

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم[2] ولو كانت حضانتهم إلى غيره كالأم أو الجدة حيث تكون لهن الحضانة ونفقتهم على الأب، ودليل هذا الحكم القرآن والسنة والمعقول:

فمن القرآن:

١- قوله تعالى ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ [3].

دلت الآية على وجوب أجرة الرضاع للمطلقات إذا أرضعن أولادهن وأنها على الأب فلما لزمته أجرة الرضاع كان لزوم النفقة أحق إذ هي بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع.

---

(١) وهذا بالاتفاق إذا كان الولد صغيرا، فإن كان كبيرا فقيل نفقته على أبيه أيضا وقيل على الأب والأم أثلاثا بحسب ميراثهما من الولد، المبسوط ٢٢٢/٥، البحر الرائق ٢٢٨/٤، شرح المحلى على المنهاج ٨٧/٤، السيل الجرار ٤٥٤/٢، نيل الأوطار ٣٢٢/٦، العناية وفتح القدير مع الهداية ٤١٠/٤، ٤١١.

(٢) نقل هذا الاجماع ابن قدامة والكاساني والشوكاني والقرطبي ، يراجع البدائع ٣٠/٤، ٣٢، التاج والإكليل والمواهب ٢١٠/٤. ٢٢٠، الحاوى ٤٧٧/١١، المغنى ٥٨٢/٧، ٥٨٣/ المحلى ١٠٠/١٠، نيل الأوطار ٣٢٢/٦، ٣٢٣، الاقناع ١٨٦/٢، السيل الجرار ٤٥٦/٢، فتاوى ابن تيمية ١٠٨/٣٤، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٧٦/١، مختصر المزنى صـ ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق آية : ٦.

٢- قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾[١]. حيث دل على وجوب نفقة الأولاد وأنها على الآباء دون الأمهات لأن الله خص الأب بكونه مولودا له وأضاف الولد إليه بلام الملك.

٣- قوله تعالى: ﴿**ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم**﴾[٢]. دلت الآية على وجوب نفقة الابن على أبيه إذ لولا وجوب النفقة عليه ما قتله خشية الاملاق من النفقة.

الأدلة من السنة:

يستدل على وجوب نفقة الابن على أبيه من السنة بأدلة نذكر منها:

١- روى عن أبى هريرة أن رجلا أتى رسول الله ﷺ فقال: إن معى دينارا قال أنفقه على نفسك قال: إن معى آخر قال: أنفقه على ولدك، قال : إن معى آخر قال: أنت أعلم[٣].

فقد دل الحديث على وجوب نفقة الولد وأنها على الأب عندما يكون عنده ما يزيد عن حاجة نفسه.

٢- روى عن عائشة أن هندا أم معاوية جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطينى وولدى إلا ما أخذ منه سرا وهو لا يعلم فهل على فى ذلك من شئ؟ فقال رسول الله ﷺ

---

(١) بعض آية : ٢٣٣، من سورة البقرة .

(٢) بعض آية : ٣١ من سورة الإسراء.

(٣) السنن لأبى داود ١٣٦/٢، السنن الكبرى ٤٧٧/٧.

: " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف "[١] ففى هذا الحديث دليل على وجوب نفقة الولد على الأب، وأنه يجوز لمن وجبت له النفقة شرعا على شخص أن يأخذ من ماله ما يكفيه إذا لم يقع منه الامتثال وأصر على التمرد .

الأدلة من المعقول:

استدل لوجوب نفقة الولد على الوالد بأدلة عقلية نذكر منها:

١- إن ولد الإنسان بعضه فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه يجب أن ينفق على بعضه.

٢- إن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه والولد جزء الوالد وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه.

٣- إن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع، والانفاق من باب الصلة فكان واجبا، وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدى إلى القطع فكان حراما.

(١) فتح البارى ٩/٤١٨، السنن للبيهقى ٧/٤٧٧، السنن لأبى داود ٣/٢٨٨.

المطلب الثانى

شروط وجوب النفقة

سبق أن ذكرنا أن نفقة الولد واجبة على أبيه أو من تلزمه نفقته غير أن ذلك مشروط بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن لا يكون للولد مال [1].

فلكى تجب نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه نفقته يجب أن لا يكون غنيا ، فإن كان له مال[2] لم تجب نفقته على أحد وإنما تكون في ماله خاصة، كان الولد كبيرا أو صغيرا.

لأن هذه النفقة هى من قبيل المؤاساة وهى لا تجب إلا مع الفقر والموسر مستغن عن المؤاساة، ولأنه إذا كان غنيا لا يكون هو بإيجاب النفقة له على غيره أولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب على الغير، ويكون إيجابها فى ماله أولى من إيجابها في مال غيره.

---

(١) البدائع ٣٤/٤، ٣٥، مواهب الجليل والتاج ٢١١/٤، الحاوى ٤٨٧/١١، المغنى ٥٨٤/٧، مختصر المزنى صـ ٢٣٤، المحلى ١٠٠/١٠، ١٠١، الاقناع ١٨٦/٢، السيل الجرار ٤٥٦/٢، ٤٥٧، تكملة المجموع للمطيعى ١٩٦/٢٠، ١٩٧.

(٢) فإن كان المال حاضرا فى يد الأب انفق منه على الابن وينبغى أن يشهد على ذلك حتى لا يجحد الابن بعد ذلك أما إن كان غائبا فإنه ينفق من مال نفسه فإذا أراد الرجوع فإنه يشهد على ذلك أو يستأذن القاضى، وألا لم يرجع بما انفق فى الحكم أما فى الديانة فله الرجوع، وقيل : إن قصد الرجوع رجع ولو لم يحكم به حاكم. البدائع ٣٤/٤، الحاوى ٤٨٤/١١، المواهب ٢١٢/٤، البحر الرائق ٢١٨/٤.

لشرط الثانى : العجز عن الكسب[1]:

لكى تجب النفقة للابن يشترط عدم قدرته على الكسب، فإن عجز عن الكسب لكونه صغيرا أو مجنونا أو أعمى أو أشل أو مقطوع اليدين أو الرجلين ونحو ذلك من العوارض المانعة من الكسب ولا مال له، وجبت نفقته على أبيه أو من تلزمه النفقة، أما إن قدر على الكسب لم تجب لأنه بذلك يكون مستغنى بكسبه والغناء بالكسب كالغناء بالمال فلم تجب على غيره.

الشرط الثالث: القدرة على الإنفاق [2] :

والقدرة على ذلك تكون بأمرين :-

الأول: أن يكون للمنفق مال يزيد عن حاجته وحاجة زوجته[3].

الثانى : القدرة على الكسب، فإذا كان له مال أو لم يكن وقدر على الكسب وجب عليه أن ينفق على أولاده، ومن يعول ، إذ القدرة على الكسب تجرى عليه حكم الغنى وتسلبه حكم الفقر.

وإن كان للأب مال لكنه لا يكفيه أو لا يزيد عن حاجته فلا يجب عليه نفقة الأولاد عملا بحديث أبى هريرة أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله عندى دينار فقال له: تصدق به على نفسك قال:

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة .

(٣) بعض الفقهاء يقدمون نفقة الزوجة على نفقة الأبناء إذا لم يسعهما جميعا وبعضهم يسوى بينهما مواهب الجليل ٢١١/٤، المحلى ١٠٠/١٠، ١٠٥، المغنى ٥٩٣/٧، عميرة على شرح المحلى ٨٤/٤.

عندى آخر، قال : تصدق به على ولدك، قال : عندى آخر قال: تصدق به على زوجك"[1].

فقد بين الحديث أن الانسان يقدم نفسه بالنفقة على غيره فإن فضل عنده شئ بعد نفقة نفسه ينفقه على غيره من الأولاد والزوجة والقرابات الأخرى.

ثم إن هذه النفقة مواساة فلا تجب على محتاج كالزكاة.

الإسلام:

ليس من شروط وجوب النفقة للولد على أبيه اتحاد الدين[2] أو إسلامهما ، فتجب النفقة للابن الذى أعطى حكم الإسلام بإسلام أمه على أبيه غير المسلم وذلك لعموم الأدلة الموجبة للنفقة حيث لم تفرق، ولوجود الموجب وهو البعضية، إذ الولد بعض أبيه وجزءه وهذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به.

وعن أحمد فى رواية[3] لا تجب مع اختلاف الدين لأنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وإرثه منه.

---

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) للبدائع ٣٦/٤، المواهب ٢١١/٤، الاقناع ١٨٦/٢، المحلى على المنهاج مع قليوبى ٨٤/٤، السيل الجرار ٤٥٧/٢، حاشية ابن عابدين ٦٨٣/٢، المبدع فى شرح المقنع ٢٢٠/٨.

(٣) المبدع فى شرح المقنع ٢٢٠/٨.

المطلب الثالث

مقدار النفقة

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه النفقة فهل هى مقدرة بشئ معين أو بقدر الكفاية من غير أن يكون هناك حد؟

وللإجابة على ذلك نقول:

لم يوجد بين الفقهاء خلاف فى أن نفقة الابن الواجبة على أبيه غير مقدرة بل المعتبر فيها هو ما يكفيه من الخبز والادم[١] بقدر العادة، وكذلك الكسوة والسكنى اللائقين به وكذلك أجر الطبيب وثمن الأدوية[٢].

فلما كانت الحاجة تختلف باختلاف السن والرغبة ونحو ذلك لم نوجب قدرا لازما لا يتعداه واعتبرنا حال الكفاية، غير أنه إن كان الأب موسرا فإنه يؤمر بالتوسيع عليه فى النفقة وإن كان مضيقا عليه فبحسب قدرته واستطاعته قال تعالى : ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته** ﴾ [٣] والفرق بين أهل السعة والضيق وبين أهل الفقر والشدة لا يخفى على أحد فى كل عصر ومصر.

---

(١) ويمكن دفع قيمة ذلك من النقد بل هو الأولى ـ يراجع تكملة المجموع ١٤٨/٢٠، البحر الرائق ١٩٠/٤، ١٩١، حاشية المدنى على كنون ٢٧٣/٤.

(٢) المبسوط ١٨٥/٥، الاقناع ١٨٦/٢، ١٨٧، المغنى ٥٩٥/٧، السيل الجرار ٤٤٨/٢، قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٨٥/٤ تكملة المجموع للمطيعى ٢٠٧/٢٠.

(٣) بعض آية ٧ من سورة الطلاق.

وإنما اعتبرنا حال الكفاية فى نفقة الابن عملا بما روى عن النبى ﷺ أنه قال لهند : " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف "[1] حيث قدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية من غير أن يحد فى ذلك قدرا لا تتعداه.

ثم إن هذه النفقة وجبت للحاجة ولدفع المواساة فقدرت بما يندفع به، وهو مقدار الكفاية.

المطلب الرابع

دفعها للحاضنة

إذا كانت نفقة المحضون واجبة على أبيه فهل يدفعها إلى من يحضنه أم يكفى أن يطعمه عنده؟

يرى بعض المالكية[2] أن الأب إن شكى ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة لأمه أو من يقوم مقامها أن له ذلك حيث جعلوا الحضانة أن يأوى إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليها من نفقته، وفرق بعضهم بين المؤسر وغيره حيث ألزموا الموسر بدفع نفقة ولده إلى الحاضنة أما غيره فإن أدعى أنه لا يقدر على دفعها وطلب أن يطعم ولده عنده وتبين صدق قوله فإن له ذلك، وإن تبين أنه غير صادق وأنه يريد الإضرار بالحاضنة لم يمكن من ذلك وتدفع النفقة للحاضنة، والأصح وهو الذى عليه الجمهور وهو المشهور عند

(١) سبق تخريجه.

(٢) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٢١٩/٤، ٢٢٠.

المالكية[1] أن لمن كان الولد فى حضانته من أم أو غيرها أن تـــأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة وكسوة وغطاء ووطـــاء وأن علـــى الأب أن يدفعها إليها[2] لأنها أرفق بالأولاد، وإن قال الأب إنها لا تنفق وتضيـــق عليهم لا يقبل قوله لأنها أمينة ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع بغـير حجة ولا يحق له أن يطعم الولد عنده ولا يجاب إلى ذلك إن طلب ولـــو سلم الحاضن له بذلك، لأن فى هذا الفعل ضـــرر علـــى الولـــد، وعلـــى الحاضنة أيضا، إذ الأطفال لا ينحصر الوقت الذى يأكلون فيـــه وأكلـــهم متفرق، ثم إنه يؤدى إلى الإخلال بصيانتهم فمنع منه لذلك.

---

(1) المبسوط ١٨٥/٥، المدونـــة ٣٦٢/٢، ٣٦٥، المواهـــب والتـــاج ٢١٩/٤، ٢٢٠، المغنـــى ٦١٢/٧، البحر الرائق ٢١٦/٤،٢٢٠.

(2) ويقدر قبض النفقة بالاجتهاد من الحاكم على الأب بالنظر لحاله من يوم أو جمعة أو شـــهر، ومن أعيان أو أثمان وبالنظر لحال الحاضنة من قرب المسكن من الأب وبعده وأمنه وخوفه، يراجع الشرح الكبير مع الدسوقى ٥٣٣/٢.

المطلب الخامس

ضمان النفقة

إذا قبضت الحاضنة نفقة الولد ثم ادعت ضياعها، فإنها تضمنها[1] إلا لبينة على الضياع من غير سببها فلا تضمن، لأنها لم تقبضها لحق نفسها ولا هى متمحضة للأمانة بل أخذتها لحق المحضون فتضمنها كالرهان والعوارى.

المطلب السادس

حبس الأب فى نفقة الصغير

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه لتوافر شروطها فامتنع من دفعها إلى الحاضنة أو امتنع من الإنفاق عليه كان للقاضى أن يحبسه فيها[2] لأن فى النفقة دفع الهلاك عن الولد[3]، ولأنها تسقط بمضى الزمان فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا فكان فى حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات، لأن حبسه يحمله على الأداء.

والأصح أنه ليس فى ذلك مدة مقدرة لأن الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه إلى القاضى، وقيل يعاقب

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقى ٥١٣/٢، ٥١٤، الفواكه الدوانى ١٠٤/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٨٧/٢، المبسوط ٢٢٤/٥، ٥٢٢، منحة الخالق مع البحر الرائق ٢٣٥/٤، الحاوى الكبير ٤٩٩/١١.

(٣) إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فدفع قصده بالحبس، البدائع ٣٨/٤.

بالضرب[١] ولا يحبس لأن هذا الحق لا يستدرك بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمن فيستدرك بالضرب وكل من وجبت عليه النفقة فامتنع عوقب بذلك.

المطلب السابع

من تجب عليه النفقة عند موت الأب أو إعساره

سبق أن ذكرنا أن نفقة الابن واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد متى توفرت الشروط السابقة أما عند عدم وجود الأب أو كونه معسرا وغير قادر على الكسب فقد اختلف فيمن تجب عليه نفقة الصبى على عدة آراء:-

١- ذهب الحنفية[٢]:

إلى التفريق بين حال الإعسار بالنفقة وحال موت الأب.

فعند إعساره بالنفقة تؤمر الأم إن كانت مؤسرة بأن تنفق من مالها على الولد ويكون ذلك دينا على الأب إذا أيسر، فإن لم تكن أم ووجد جد أو عم فإنه يؤمر بالنفقة على أن يرجع بها على الأب عند يساره لأن استحقاق النفقة على الأب ولكن الإنفاق لا يحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله فى أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك دينا عليه إذا أيسر، وإن اجتمع أم وجد موسرين قدمت الأم لأنها أقرب إلى الصغير، هذا إذا لم يكن الولد قادرا على الكسب ولم يكن له مال وإلا كانت النفقة فى ماله أو يؤمر بالكسب والإنفاق على نفسه.

---

(١) البدائع ٣٨/٤.

(٢) المبسوط ٢٢٣/٥، ٢٢٧، البدائع ٣٢/٤، ٣٣، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢،٦٧٣.

أما فى حالة موت الأب، فإن لم يوجد إلا واحد ممن تجب عليهم النفقة[1] كانت كل النفقة عليه متى استجمع شرائط الوجوب، وفى حالة اجتماع أكثر من واحد ممن تجب عليهم النفقة يقدم الأقرب فى قرابة الولادة ، ولو كان كل منهم وارثا، فإن لم يمكن الترجيح قسمت النفقة عليهم على قدر ميراثهم، أما فى قرابة الرحم فيقدم بقوة القرابة فإن استوو قدم بقوة الميراث، فإن كان أحدهما وارثا والآخر غير وارث كانت النفقة على الوارث فقط، وإن كانا وارثين كانت النفقة عليهما على قدر الميراث[2].

وعلى هذا فعند موت الأب ولم يوجد إلا واحد فقط ممن تجب عليه النفقة تحملها كاملة كان جدا أو أما أو أخا أو عما .. .. الخ.

أما إن تعدد فإن اجتمع جد وأم كانت النفقة عليهما على قدر ميراثهما، الأم الثلث والجد الثلثان لعدم إمكان الترجيح، وإن كان له أم وأخ شقيق أو لأب كانت النفقة عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما.

وإن كان له جد وجدة كانت النفقة على قدر ميراثهما لاستوائهما فى القرابة والميراث.

وإن كان له عم وعمة كانت النفقة على العم فقط لأنهما استويا فى القرابة المحرمة للقطع وترجح العم بكونه وارثا.

---

(١) تجب النفقة عند الحنفية على كل ذى رحم محرم لأن سبب وجوبها هو القرابة المحرمة للقطع، البدائع ٣١/٤.

(٢) وهذا التفريق بين المعسر والميت إنما هو على ظاهر المتون والمصحح أن المعسر يجعل كالميت، فعند اجتماع الأم والجد تكون النفقة عليهما اثلاثا، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢، ٦٧٣.

وإن كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وإن كان الميراث لابن العم؛ لأن النفقة علـــى ذى الرحـــم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فكانت النفقـــة عليه.

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بقوله تعالى:﴿ **وعلى المولود لـــه رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ حيث علق سبحانه وتعالى وجوب النفقـــة فى قرابة الولادة باسم الولادة أما فى غيرها من الرحم المحرم فلا تجـــب بحق الولادة وإنما تجب بحق الوراثة، بقوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ ففى قرابة الولادة تجب بالقرابة دون نظر إلى الميراث أمـــا فـــى قرابة الرحم المحرم فيجب بقدر الميراث، وإنما قلنا أن المراد بـــالوارث هو ذى الرحم المحرم لا كل وارث عملا بقراءة ابن مســـعود ـــ وعلـــى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك .

القول الثانى:

وذهب إليه الحنابلة فى ظاهر المذهب[١] وبه قال الحسن ومجـــاهد والنخعى وابن أبى ليلى وأبو ثور[٢] أن النفقة تكون على الوارث لا فـــرق فى ذلك بين قرابة الولاد وغيرها.

---

(١) وعن أحمد رواية أخرى ـــ أن للصبى المرضع نفقته على الرجال دون النساء ـــ العصبـــات ـــ وهو قول الأوزاعى لما روى ان عمر حبس عصبة ينفقون علـــى صبـــى الرجـــال دون النساء، المغنى ٥٨٩/٧.

(٢) المغنى ٥٨٩/٧، وما يليها.

وعلى هذا فإن لم يكن للصبى أب كانت النفقة علـــى وارثـــه فإن كان واحداً فعليه النفقة كاملة، وإن كانا اثنين أو ثلاثة أوأكثر فالنفقـــة بينهم على قدر ميراثهم الرجال والنساء فى ذلك سواء، فإن اجتمع أم وجد فعلى الأم الثلث وعلى الجد الثلثان، على قدر ميراثـــهما، وإن اجتمـــع أم وأخ شقيق فعلى قدر ميراثهما أيضاً وكذا لو اجتمع جدتان فعلــــى قــدر ميراثهما وهكذا.

واستدل الحنابلة لذلك:

بقوله تعالى :﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بـــالمعروف ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ حيث أوجـــب الله علـــى الوالد نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فوجب عليه ما وجـــب علـــى الأب.

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا ــ آراء الحنفية والحنابلة ومن وافقهم يتبين لنــــا أن كلاهما قريب من الآخر لا يختلفان إلا فى أمرين : الأول: تفريق الحنفيـة بين موت الأب وإعساره.

الثانى: أن الحنابلة لا يوجبون النفقة إلا على الوارث أما ذوى الأرحـــام فلا تجب عليهم نفقة بخلاف الحنفية حيث يقولون بوجوبها على كـــل ذى رحم محرم وإن قدم بها الأقرب عن الأبعد.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية[1]:

أن الأب إذا عدم أو أعسر بالنفقة، فلا تجب على أحد بعده من الأقارب ولو موسرين بل يعد الأولاد من فقراء المسلمين، وعلى هذا لا تجبر الأم ولا الجد ولا غيرهما من الأقارب على النفقة على الأبناء وإن استحب لهم ذلك فإن انفقت الأم أو الجد كان ذلك منهما تبرعاً وأمراً مستحباً وليس واجباً.

القول الرابع: وذهب إليه الشافعية [2]:

إذا مات الأب أو أعسر وجبت النفقة على الجد أبى الأب ثم أباؤه وإن علون، يقدم بها الأقرب على الأبعد، فإن لم يوجد من الأجداد أحد كانت واجبة على الأم.

ودليلهم على ذلك:

أ- أن الجد يسمى أباً فيأخذ حكمه عند عدمه ودليل ذلك قوله تعالى :﴿ **يا بنى آدم** ﴾ [3] حيث سمانا أبناء وسمى آدم أبا وكما فى قوله تعالى : ﴿ **ملة أبيكم إبراهيم** ﴾ [4] حيث سماه أباً وإن كان جداً بعيداً.

ب- إن الجد يقوم مقام الأب فى الولاية، ويختص دون الأم بالتعصيب فوجب أن يقوم مقامه فى التزام النفقة.

---

(١) المدونة الكبرى ٢/٣٦٢،الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٢/٥٢٣، التاج والإكليل ٤/٢١٤.

(٢) الحاوى ١١/٤٧٩، وما يليها.

(٣) بعض آية ٢٦ من سورة الأعراف.

(٤) بعض آية ٧٨ من سورة الحج.

أما دليل انتقالها إلى الأم عند عدم الجد وآبائه فقوله تعـالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [1] حيث أوجب عليها مـا عجز عنه الأب من الرضاع، فلزم أن يجب عليها ما يعجـز عنـه مـن النفقة لعسرته أو لموته.

وإذا وجد الجد فلم يعجز الأب لقيام الجد مقامه، فلا يجب عليـها النفقة إلا عند عدم الأب وأباءه أو إعساره.

الاختيار:

بعد أن ذكرنا الآراء وما يمكن الاستدلال به لكل رأى فإننى ألاحظ أن من قال بوجوب النفقة على الوارث من الرجال والنساء ومـن قـال بوجوبها على العصبة فقط ومن قال بوجوبها على كل ذى رحـم محـرم اعتمدوا على عموم قوله تعالى :﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ وعلى قراءة ابن مسعود (وعلى الوراث ذى الرحم المحرم مثـل ذلـك) وهـو لا يصلح متمسكا لهم.

أ- أما قراءة ابن مسعود فهى قراءة شاذة فلا يجوز العمل بها وإلا أدى ذلك إلى الطعن فى القرآن.

ب- أما عموم الآية ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ فإن أهل التأويل قد اختلفوا فيه اختلافاً كثيراً فحمله ابن عباس على تـرك المضـارة أى على الوارث أن لا يضار وعلى هذا فلا غرم على أحد من الورثـة ولا يلزمه نفقة ولد الموروث.

---

(1) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

وحمله غيره على من يرث الأب فعليه مثل ما كان على الأب من أجر الرضاع.

واختلفوا فى المراد بالوارث فقيل هو من يرث الأب رجلاً كان أو امرأة، وقيل هو من كان ذا رحم محرم للمولود وقيل هو المولود نفسه.

والسبب فى هذا الخلاف هو الخلاف فى الإشارة فى قوله تعالى: ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ ـ فمنهم من رده إلى جميع ما تقدم من إيجاب، النفقة وتحريم الإضرار ومنهم من قال لا يرجع إلا إلى الأخير وهو تحريم الإضرار وعلى هذا يكون لفظ الوارث فى الآية مجملاً فلا يحل حمله على أحد هذه المعانى إلا بدليل فسقط الاستدلال به(١).

أما ما ذهب إليه الشافعية من إقامة الجد مقام الأب وإلزامه بالنفقة فغير مسلم لأن أموال الناس محظورة.

فلا يخرج شئ منها إلا بدليل وما قالوه لا يصلح لإلزام الجد بالنفقة مع وجود الدليل على حرمة الأموال إلا بحقها أما إيجابهم النفقة على الأم بعد الجد واباءه ـ استدلالا بالآية : ﴿ **والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين** ﴾.

فغير مسلم أيضاً لأن الله أوجب لها الأجر مقابل الرضاع ثم بين أن عند التعاسر ترضع له أخرى ولو كان واجباً عليها، ما كان لها أن تمتنع وإذا لم يلزمها الرضاع لم يلزمها النفقة، ثم إنه لا تلازم بينهما.

---

(١) يراجع الجامع لاحكام القرآن للقرطبى ١/١٠٨٠ وما بعدها فتح البارى لابن حجر، ٤٢٤/٩، السيل الجرار ٤٥٧/٢.

ويدل لذلك حديث أم سلمة[1] حيث دل على أن نفقة بنيها غير واجبة عليها إذ لو وجبت لبينها رسول الله ﷺ ولما قالت ولست بتاركتهم، فإنفاقها عليهم كان على سبيل الفضل والتطوع لا على سبيل الإلزام.

وبناء على ذلك فإنى أرى أن القول بعدم لزوم النفقة لغير الأب هو الأولى بالاتباع، وعلى ذلك فإن مات الأب ولا مال للصغير، فإنه يستحب لأقربائه أن ينفقوا عليه يقدم بذلك الأخص به فالأخص والأم أخص به من غيرها فتقدم، فإن لم تفعل أو كانت معسرة فالجد ثم الأخ وهكذا الأقرب فالأقرب فإذا لم يقم به أحد كان على الإمام القيام به من بيت المال.

وإنما استحب لأقربائه القيام به لأن هذه النفقات مما يصدق عليها أنها صلة للأرحام فإذا لم يوجد دليل ينتهض على وجوبها فهى من أفضل القرب وأعظم الطاعات المقربة إلى الله ﷻ.

(١) وهو ما روى أنها قالت : يا رسول الله هل لى أجر فى بنى أبى سلمة أن انفق عليهم ولست بتاركتهم هكذا وهكذا إنما هم بنى قال نعم لك أجر ما أنفقت عليهم ، فتح البارى ٤٢٤/٩، السنن لابن ماجة ٥٨٧/١.

المبحث الثانى

رضاع المحضون

إذا كان المحضون رضيعاً فهل تجبر الأم على الإرضاع أم لا ؟

وهل تستحق الأجر على الإرضاع أم لا؟ وعلى من تجب أجرة الرضاع؟ هذا ما سنتناوله بالبحث فى هذه المطالب:

المطلب الأول

لا تجبر الأم على الإرضاع إلا فى مسائل

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد رضيع فحضنته أمه أو غيرها وهو فى حاجة إلى الرضاع فلا تجبر الأم [1] أو غيرها على الإرضاع إلا فى ثلاث مسائل:

١- إذا تعينت للارضاع[2].

ولا تتعين للرضاع إلا فى حالتين:

<u>الحالة الأولى:</u> أن لا يوجد غيرها:

---

(١) هذا عند الجمهور أما ابن حزم فيرى أنها تجبر على رضاعه حولين إلا إذا تعاسرت المطلقة مع أبى الصغير فلم يتفقا على الأجر، يراجع المحلى ١٠٧/١٠.

(٢) يراجع البدائع ٤٠/٤، البحر الرائق ٢١٩/٤، التاج والإكليل مع المواهب ٢١٣/٤، ٢١٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٢٢٥/٢، ٢٢٦، تكملة المجموع ٢١٢/٢٠، المغنى ٦٢٥/٧، السيل الجرار ٤٤٠/٢، فتح القدير ٤١٢/٤، التفسير الكبير للرازى ٤١٣/٣، ٤٢٢، مختصر المزنى صـ ٢٣٤.

فإذا لم يوجد من يرضع الطفل غيرها فإنها تجبر على الإرضاع إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد فكان ذلك موضع ضرورة وحفظاً لنفس الطفل، وما كان كذلك فإنها تجبر عليه.

الحالة الثالثة : أن لا يقبل الطفل غيرها:

فإذا وجد من يرضع الطفل غيرها لكنه لم يقبل ثدى غيرها فإنها تجبر [1] على ارضاعه اما أو غيرها[2]وسواء أمكن تغذيته بالدهن وغيره من المائعات أولا، لأن فى ذلك تعريض الطفل للموت إذ قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن وغيره يكون سبباً فى تمريضه وموته.

٢- إذا كان الطفل وأبوه معدمين:

فإذا لم يكن للولد والوالد مال يستأجر منه من يرضعه فإن الأم تجبر على إرضاعه[3] وسواء فى ذلك أن يوجد غيرها أولا يوجد أن يقبل الصبى ثدى غيرها أو لا يقبل.

---

(١) ويرى بعض الحنفية أنها لا تجبر بل يغذى الطفل بالدهن وغيره من المائعات فلا يضيع. رد المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢١٩/٤.

(٢) إذا لم يوجد للرضيع أما ووجد غيرها كالظئر ولم يقبل الطفل غيرها فإنها تجبر على رضاعة ابتداء وقيل على استدامة رضاعه ، رد المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢٢٠/٤.

(٣) بلبنها إن كان لها لبن أو تستأجر من يرضعه من مالها إن كان لها مال، ولا ترضع بالأجرة على الأب أو الصبى، إذا أيسر عند المالكية سواء كانت أرضعته أو استرضعت له من مالها لأنها أسقطت عنهما بعدمهما، وعند الحنفية تجعل الأجرة دينا ترجع بها الأم على من أيسر منهما، منحة الخالق مع البحر الرائق ٢١٩/٤،٢٢٠، رد المحتار ٦٧٥/٢، الدسوقى والشرح الكبير ٢٢٥/٢، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

٣- يجب على الأم ارضاعه أللبا[١].

ينفرد الشافعية [٢] عن بقية الفقهاء فى القول بأن على الأم ارضاع ولدها اللبا ــ أول اللبن ــ سواء كانت متعينة للارضاع أم لا ، كان للولد والوالد مال أو لم يكن لهما مال، لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً، أو أنه لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به.

أما فيما عدا هذه المسائل فإن الأم لا تجبر على الإرضاع خاصة إذا لم تكن فى عصمة الزوج[٣] عند الجمهور من أهل العلم [٤] حتى قال ابن قدامة [٥] لا نعلم فى عدم اجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً، لكن ذكر الماوردى الخلاف فى ذلك عن أبى ثور وابن حزم[٦].

حيث يريان وجوب الإرضاع على الأم مطلقاً كانت فى العصمة أو لا .

---

(١) أللبا بهمز وقصر ــ غير ممدود ــ وهو اللبن النازل أول الولادة ومدته يسيرة وغير مقدرة بزمن فيرجع فيها لأهل الخبرة وقدرها البعض بثلاثة ايام ــ الاقناع ١٨٧/٢، قليوبى على شرح المحلى ٨٦/٤.

(٢) المصدرين السابقين نفس الصفحات.

(٣) أما التى فى عصمة الزوج ــ ولو مطلقة طلاقا رجعياً لا تزال فى العدة ــ فعند الجمهور لا تجبر ، وعند أبى ثور وابن أبى ليلى وابن حزم تجبر.، وعند المالكية إن كانت شريفة لا تجبر وإن كانت دنية تجبر ، رد المحتار ٦٧٥/٢، الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٥/٢ ، ٥٢٦ الحاوى ٤٩٥/١١ ، ٤٩٦،المغنى ٦٢٧/٧، المحلى ١٠٧/١٠ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المغنى ٦٢٧/٧.

(٦) الحاوى ٤٩٥/١١، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠، المحلى ١٠٧/١٠.

ويستدلا لذلك بقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ [(١)].

فذلك أمر والأمر يقتضى الوجوب، وما وجب صح فيه الإجبار ولو لم تتعين.

وما ذهب إليه الجمهور هو الأرجح لقوله تعالى : ﴿ **وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى** ﴾ [(٢)] ومعناه إن أبت الأم أن ترضع استأجر لولده أخرى، ومعنى تعاسرتم تضايقتم وتشاكستم فليسترضع لولده غيرها وهو خبر فى معنى الأمر.

ولقوله تعالى :﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ [(٣)] فهذا من ألفاظ التخيير، ومع التخيير يسقط القول بالإجبار.

أما ما استدل به أبو ثور وابن حزم فهو محمول على الإخبار حيث أنه يخرج مخرج الخبر لا الأمر.

---

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) بعض آية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) بعض الآية ٦٠ من سورة الطلاق.

المطلب الثانى

طلب الأجر على الإرضاع[1].

إذا أرضعت الحاضنة الولد ــ فهل لها طلب الأجر على ذلــــك ؟ علمنا مما تقدم أن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها خاصة التى ليست فى عصمة الزوج[2]، فإن أرادت إرضاعه فلا يخلوا ذلك من ثلاثة أحوال:

الأول :

أن تطلب إرضاعه متطوعة بغير أجر فتكون أحق بإرضاعـــــه[3] من غيرها، وسواء وجد الأب من يرضعه بغير أجرة أولا ، فلا يحق لـــه انتزاعه منها.

ودليل ذلك قوله تعالى : **﴿ والوالدات يرضعن أولادهـــن حوليـــن كاملين ﴾** .

---

(١) ينبغى أن يعلم أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد ، فإذا استأجر الأم للإرضاع لا يكفى عـــن نفقة الولد، لأن الولد لايكفيه اللبن بل يحتاج معه إلى شئ آخر كما هو المشـــاهد خصوصـــاً الكسوة فيقرر له القاضى نفقة غير أجرة الإرضاع وغير أجرة الحضانة. فعلى هذا تجب على الأب ثلاثة أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد ، البحر الرائق ٢٢٢/٤.

(٢) الأم التى فى عصمة الزوج لا تستحق الأجرة على الرضاع، لأنها تستحق النفقة على الزوج وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ــ البدائع ٤١/٤، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(٣) البدائع ٤٠/٤، الدسوقى مع الشرح الكبير ٥٢٦/٢، الحـــاوى ٤٩٦/١١، المغنـــى ٦٢٩/٧، تكملة المجموع ٢١١/٢٠، السيل الجرار ٤٤١/٢، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١، مختصر المزنى صـــ ٢٣٤.

ولما روى عن النبى ﷺ أنه قال :" لا تؤله والدة عن ولدها "[1] دل الحديث على حرمة ذلك للنهى عنه وفى نزع الولد منها توليه لها فكـــان حراماً.

ولأن الأم أحن عليه وأشفق ، ولبنها أدر عليـــه وأوفـــر، ولأنـــه يستمرئه أكثر من استمراء غيرها، ولأن فى انتزاع الولد منها أضـــرارا بها وأنه منهى عنه بقوله تعالى : ﴿ **لا تضـــار والـــدة بولدهـــا** ﴾ أى لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهى تريد إمساكه وإرضاعه.

<u>الثانى :</u>

أن تطلب رضاعه بأكثر من أجرة المثل.

إذا طلبت الأم ارضاعه بأكثر من أجر المثـــل ووجـــد الأب مـــن ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة فقد اختلف الفقهاء فى ذلك علـــى ثلاثـــة أقوال:

<u>القول الأول:</u> وذهب إليه الحنفية [2].

أن للأب أن يسترضع لولده غيرها ولا يلزمه دفع الأجرة الزائـدة، لكنه لا ينزع من الأم[3]، لأن حق الحضانة لها فلا يملـــك الأب إبطالـــه،

---

(1) الحديث فى سنن البيهقى ٥/٨، نصب الراية ٢٦٦/٣، التلخيص الحبير ١٥/٣.

(2) المبسوط ٢٠٨/٥، البحر الرائق ٢٢١/٤.

(3) والظاهر أن كل من تثبت لها الحضانة لها حكم الأم فلا ينزع الطفـــل منـــها وإنمـــا يـــأتى بالمرضعة لترضعه عندها، رد المحتار ٦٧٥/٢.

وعلى هذا فإن الأب يأتى بمرضعة لأبنه بأقل مما طلبت الأم ترضعه عند الأم[1].

وبليل ذلك:

أن لكل من الأب والأم حق وقد تعارض الحقان ولا يمكن الجمع بينهما إلا بذلك.

أما الأب فحقه أن لا يجبر على دفع الزيادة التى تطلبها الأم، وأما الأم فحقها فى الحضانة وأن لا تخرج الولد عنها والله يقول : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ وقد أمكن الجمع بين الحقين بعدم نزع الولد من أمه وعدم إلزام الأب بتلك الزيادة بما قلنا فوجب المصير إليه.

القول الثانى :

وذهب إليه الشافعية والحنابلة والزيدية[2].

أنها إذا طلبت أكثر من أجر المثل تسقط حضانتها[3] فيكون الأب أحق بالولد ليسترضع له غيرها بأجر المثل أو أقل.

---

(١) لا يلزم المرضعة أن تمكث عند الأم بل لها أن ترضعه ثم تعود إلى دارها، كما لها أن تطلب إخراجه إلى فناء الدار لترضعه فيه، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(٢) الحاوى ٤٩٦/١١، الاقناع ١٩٦/٢، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافى لابن قدامة ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(٣) يرى المالكية والشافعية أن الأم إن امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها كان لها لبن أولا ، والظاهر وبه قال الحنابلة أنها لا تسقط حضانتها إلا إذا كان لها لبن وامتنعت عن الإرضاع، أما إذا لم يكن لها لبن فلا تسقط حضانتها، وعند الحنفية لا يسقط حقها فى الحضانة مطلقا، يراجع : رد المحتار ٦٧٦/٢، الاقناع ١٩٦/٢،المغنى : ٣٢٩/٧، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

أما أحقية الأب به فلقوله تعالى : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ ومعنى تعاسرتم اختلفتم، والأم بطلبها أكثر من أجرة المثل قد تعاسرت فجاز للأب أن يعدل به عنها إلى غيرها وأما سقوط حقها في الحضانة فلأنها قد اشتطت بطلب ما ليس لها فدخلت في عموم قوله تعالى : ﴿ فسترضع له أخرى ﴾ ولأن ما لا يوجد بثمن المثل فهو كالمعدوم.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية [1].

أن الأم أحق برضاعه وترد إلى أجر مثلها.

فإن طلبت أن ترضعه بأكثر من أجر المثل ــ بمائة مثلاً ــ ووجد الأب من يرضعه بخمسين ــ أقل من أجر المثل ــ فإن الأم تكون أحق برضاعه بأجر مثلها لا بالخمسين التى طلبتها الأم .

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه ، لما فيه من التوفيق بين جميع الحقوق، حق الأب فى أن لا يلزمه أكثر من أجل المثل، وحق الأم فى أن لا يفارقها ولدها، وحق الولد فى أن يرضع من لبن أمه.

فإن أبت أن ترضعه إلا بأكثر من ذلك فإن للأب أن يسترضع له لكن لا يسقط حق الأم فى الحضانة بل يسترضع له من ترضعه عند أمه كما هو قول الحنفية.

---

(١) مواهب الجليل ٤/٢١٤.

الثالث: أن تطلب رضاعه بأجر المثل:

إذا طلبت الأم ــ وكانت حاضنة للولد ــ أن ترضعه بأجر المثل فلا يخلو ذلك من أحوال ثلاثة :

أ- أن يجد الأب من يرضعه بأجر المثل أو أكثر:

وفى هذه الحالة تكون الأم أحق برضاعه من غيرها اتفاقاً[1].

لأن حق الإرضاع لها بقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾.

وقوله تعالى : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾.

فإذا لم يجد الأب من ترضعه بأقل مما ترضعه به الأم لم يكن له أن يحوله عنها، لأنه يكون بذلك مضاراً لها ومفوتاً لحقها حيث رضى بدفع مقدار إلى الأخرى ولا يرضى بدفع مثل ذلك إلى الأم.

ثم أن الأم استوت مع الأجنبية فيما طلبته من أجر، وامتازت الأم عنها بفضل الحنو والشفقة ولبنها أمرأ للولد من لبن غيرها فكانت أحق.

ب – أن يجد الأب من يرضع الطفل مجاناً:

إذا طلبت الأم أجر المثل وقال الأب[2] إنه وجد من ترضعه بغير أجر فقد اختلف الفقهاء فيمن يكون أحق بالولد؟ الأم أم الأب؟

وخلافهم يتمثل فى الآتى:

---

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، التاج والإكليل ٢١٤/٤،الحاوى ٤٩٧/١١، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافى لابن قدامة ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣.

(٢) ويصدق الأب بيمينه فى وجود المتبرعة أو التى ترضع بأقل من أجر المثل ــ حاشية قليوبى على شرح المحلى ٨٦/٤، تكملة المجموع ٢١٣/٢٠مختصر المزنى صــ ٢٣٤.

١- ذهب الحنفية والشافعية فى الأظهر[١]:

إلى أن الأب يكون أحق برضاعه لقوله تعالى : ﴿ **وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى** ﴾ ولأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، ولأن فى إلزامه بما تطلبه الأم أضرار به والله يقول : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ إلا أن عند الحنفية لا ينزع الطفل من أمه فتأتى المرضعة ـ المتبرعة ـ فترضعه عند أمه .

أما عند الشافعية فينزع من الأم وتسقط حضانتها بذلك كما سبق.

٢- وذهب المالكية[٢] والشافعية فى مقابل الأظهر ، والحنابلة والزيدية[٣].

أن الأم أحق برضاعه بأجر المثل، لأن الله جعل الحق فى الإرضاع لها، كما جعل لها الأجر عليه بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ حيث أوجب لها الأجر على الإرضاع من غير فرق بين أن يجد الأب من ترضع الولد غيرها متبرعة أو بأقل من أجر المثل فلا يسقط حقها، ثم إنها أشفق على الولد وأحنى من غيرها، كما أن رضاعها أحظ للولد وأدر عليه وأمرأ فصارت به أحق.

---

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، البدائع ٤١/٤، شرح المحلى على المنهاج ٨٦/٤، الحاوى ٤٩٧/١١.

(٢) هذا إن قال عندى من ترضعه عندى مجاناً بالاتفاق وكذلك لو قال عندى من ترضعه عند أمه مجاناً، يراجع حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٥٢٦/٢.

(٣) الحاوى ٤٩٧/١١، شرح المحلى ٨٦/٤، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافى ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣.

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه لما فيه من رعاية حق الأم وحق الولد، أما أن الأب يلزمه المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، فلأن الله ألزمه بذلك بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ .

جـ- أن يجد الأب من يرضعه بأقل من أجر المثل:

فقد اختلف الفقهاء فى من يكون أولى منهما بإرضاعه على النحو التالى :

١- ذهب المالكية والحنابلة والزيدية[1].

إلى القول بأن أمه أحق به بأجر المثل، لأن الله جعل الرضاع لها وجعل لها الأجر على ذلك بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ وهى لم تطلب أكثر من أجر المثل فكانت غير مضارة، فلا يسقط حقها فى الإرضاع، وإن وجد الأب من يرضعه بأقل فلم تكن مضارة فى طلب أجر مثلها فكانت أحق برضاع الولد.

ولقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ ولأن الأم أحنى عليه وأشفق فكانت أحق من غيرها.

٢- وذهب الحنفية [2]:

إلى القول بأن الأب أحق بالولد يسترضع له من يجدها بأقل من أجر المثل.

---

(١) الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٦/٢، الكافى لابن قدامة ٣٨٠/٣، المغنى ٦٢٧/٧، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(٢) المبسوط ٢٠٨/٥، البدائع ٤١/٤، المغنى ٦٢٨/٧.

لأن الأب لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها.

ولأن الله جعل له الحق فى أن يسترضع غيرها عند التعاسر بقوله : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾.

والأم لم ترضى إلا بأجر المثل والأب لا يرضى بأن يدفع ما تطلبه الأم من زيادة فكانا متعاسرين فيجوز له الإرضاع.

٣- أما الشافعية فيقولون ينظر إلى قدر نقصان الأجرة[١].

فإن كان بقدر زيادة الإدرار وفضل الاستمراء كانت الأم أحق لأن نقصان الأجر يعتبر فى مقابلة نقصان اللبن وتترجح الأم بفضل الحنو.

أما إن كان النقصان عن أجر المثل أكثر من فضل الادرار والاستمراء فقولان:

الأول:

أن الأب أحق فيسترضع له أخرى.

الثانى:

أن الأم أحق لقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾.

الاختيار:

والذى أميل إليه من هذه الأقوال هو أن الأم أحق به بأجر المثل ولو وجد من ترضعه مجانا أو بأقل لأن الله جعل الرضاع للأم بقول : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ وأمر بإعطائهن الأجر على الرضاع

---

(١) الحاوى ١١/٤٩٧.

بقوله: ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ من غير فصل بين أن يكون هناك من يرضع مجانا أو بأقل من أجل المثل، ولأنها في طلب أجر المثل ليست متعاسرة بل هى تطلب حقا أعطاها الله إياه فكان إرضاع الأجنبية مع وجودها تفويتا لحقها في الرضاع وحقها في الحضانة، كما أن فيه إضرارا بالولد فلم يجز.

المطلب الثالث

على من يجب أجر الرضاع

مما لا خلاف عليه أن الرضيع إن كان له مال ـ من ميراث أو هبة ونحو ذلك فإن أجر رضاعه يكون فى ماله[1]، قياسا على نفقته أثناء الرضاع وبعدها، حيث تكون فى ماله بالاتفاق فكذا أجر رضاعه وسواء كانت مرضعته هى الأم أو أجنبية.

أما إذا لم يكن له مال فإن أجر رضاعه على أبيه إن كان موسرا ولا يشاركه فى ذلك أحد[2].

١- ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾.

وقوله تعالى : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ .

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ٦٧٦/٢،البحر الرائق ٢٢٢/٤ الشرح الكبير مع الدسوقى ٥٢٥/٢، ٥٢٦، الفواكه الدوانى ١٠١/٢، المواهب والتاج ٢١٣/٤، ٢١٤، الاقناع ١٨٧/٢، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠، المغنى ٥٨٢/٧، ٥٨٤، ٦٢٧، المحلى ١٠٦/١٠.

(٢) المصادر السابقة نفس الصفحات، المبسوط ٢٠٨/٥، أحكام القرآن للجصاص، ٥٥٠/١.

حيث يستفاد من الآيتين وجوب أجر الرضاع علـــى الأب فالآيـــة الأولى توجب عليه نفقة المرضعة[1] لأجل الولد، فوجب عليه أجر رضاعه من باب أولى.

أما الآية الثانية ففيها أمر للآباء بإيتاء أجر الرضاع بعد الطـــلاق فدل على أن نفقة الرضاع كلها على الأب.

٢- أما دليل ذلك من المعقول فهو :

أن بعد الفرقة بين الزوجين لا يكون الرضاع مستحقا علـى الأم لا دينا ـ بالكسر ـ ولا دينا ـ بالفتح ـ ثم إن النفقة بعد الفطام علـى الأب لا يشاركه فيها أحد بأعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليـــه كالانفـــاق على نفسه، فكذلك قبل الفطام تكون مؤنة الرضاع عليه.

تسليم الاجر إلى المرضعة:

إذا ثبت أن أجر رضاع الصبى فى ماله إن كان له مـــال أو فـــى مال الأب إن كان موسرا، فإن هذا الأجر يسلم إلى من ترضعه[2] ســـواء كانت حاضنة له أم لا لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ حيث أوجب الله ذلك بقوله فأتوهن بصيغة الأمر وهى للوجوب، ثـــم إن ذلك أجرا ملكته عليه بالإرضاع فلزمه تسليمه إليها كسائر الأجـــور ولا

---

(١) هذا فى حال قيام الزوجية ــ أو بقاء العدة، أما بعد البينونة فلا نفقة لها، فوجب لها عليه أجر الرضاع لأن إلزامها به مجانا مع عجزها وانقطاع نفقتها عن الأب مضارة لها فساغ لها أخـذ الأجرة بعد البينونة، حاشية ابن عابدين ٦٧٥/٢.

(٢) يقول ابن عابدين ناقلا عن الخصاف، ٦٧٦/٢ ، فإن أنقضت عدتها وطلبت أجر الرضـــاع فهى أحق به وينظر القاضى بكم يجد إمرأة غيرها فيأمر بدفع ذلك إليها لقوله تعالى : ﴿ فـــإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ﴾.

تسقط بموته بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماءه فهى كغيرها من أصحاب ديونه[١].

ومدة الرضاع التى تستحق عليها الأجرة حولان [٢]، فإن أرضعته أكثر من حولين لم تستحق أجرة على الزائد وإنما تستحق الأجرة على إرضاعها له فى حوليه إلا أن يتراضى الأبوان على الزيادة أو النقصان فيعمل على تراضيهما، فإن اختلفا عمل على تقديره بالحولين شرعا لقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾.

من يجب عليه رضاعه عند موت الأب أو إعساره:

إذا أعسر الأب ولم يكن للصبى مال فإن الأم تجبر على إرضاعه[٣] إلا أن المالكية يقولون لا ترجع بالأجر ـ سواء أرضعته بنفسها أو استأجرت من يرضعه ـ على الأب أو الصبى إذا أيسر[٤].

أما الحنفية فيقولون تكون الأجرة دينا على الأب[٥] ترجع بها إن أيسر.

أما إذا مات الأب فقد اختلف الفقهاء فى من يجب عليه أجر رضاعه كاختلافهم فى من تجب عليه نفقته عند موت الأب وقد سبق بيان

---

(١) البحر الرائق ٢٢١/٤، حاشية رد المحتار ٦٧٦/٢، المغنى ٦١٢/٧.

(٢) التفسير الكبير للرازى ٤١٤/٣، رد المحتار ٦٧٦/٢، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٣) هذا عند الحنفية والمالكية أما عند الشافعية فلا تجبر على الإرضاع ويسترضع له وأجر رضاعه على من تلزمه نفقته، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٤) الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٦/٢، مواهب الجليل والتاج ٢١٤/٤.

(٥) منحة الخالق على البحر ٢٢٠/٤.

ذلك [1] إلا أن المالكية يوجبون عليها الإرضـــاع ســـواء مـــات الأب أو أعسر ولم يكن للصبى مال ولا يوجبون عليها النفقة.

(١) يراجع صـــ وما يليها من هذا البحث كما يراجع التاج والمواهب ٢١٤/٤.

المبحث الثالث

أجرة الحضانة والمسكن [1]

المطلب الأول

أجرة الحضانة

إذ طالبت[2] الحاضنة بالأجرة لحضانتها للولد فهل تستحق ذلك أم لا وعلى من تجب؟ يفرق فى ذلك بين أن يكون للولد مال أم لا.

أ- إن كان للطفل مال من هبة أو ميراث أو غيرهما فعند الحنفية والشافعية[3] لها ذلك سواء كانت الحاضنة غنية أو فقيرة وتكون الأجرة من مال الصغير وسواء فى ذلك أن يكون والد الطفل حيا أو ميتا ، غنيا أومعسرا.

لأنها حبست نفسها فى تربيته فوجب لها ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجرة الحضانة وإذا جازت الأجرة للأم جازت لغيرها من باب أولى.

---

(١) وهذه الأجرة غير أجرة الرضاع والتى سبق أن تحدثنا عنها البحر الرائق ٤/١٨١، ٢٢٢، رد المحتار ٢/٦٣٧.

(٢) يرى الشافعية أنها لو حضنت مدة من غير أن تطالب بأجرة على حضانتها للصغير لم يكن لها أن تطالب بها عن تلك المدة، لكن لها أن تطالب بها عن ما يستقبل فقط ، يراجع تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ٢/١٩٤.

(٣) منحة الخالق مع البحر الرائق ٤/١٨١، تقريرات الشيخ عوض مع الإقناع ٢/١٩٤، ١٩٥، حاشية قليوبى ٤/٨٨.

أما المالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن للأم[1] الأجرة إن كانت فقيرة، أما إن كانت غنية فلا نفقة لها ولا أجرة فى مال الصبى عند مالك فى قوله المرجوع إليه[2] وكذلك عند الحنابلة على القول بأن الحضانة حق عليها[3] حيث لا تستحق الأجرة على ما هو مستحق عليها.

أما وجوب الأجرة لها إن كانت فقيرة فلأن نفقة الأم الفقيرة واجبة فى مال ابنها المؤسر فكانت مستحقة لها من حيث فقرها لا من حيث كونها حاضنة له بدليل أنها تستحق النفقة إن كانت فقيرة وابنها موسر ولو لم تحضنه.

. أما إن كانت غنية فلا نفقة لها فى مال الابن ولا أجرة لها على الحضانة إذ هى حقها والإنسان لا يستحق الأجرة على شئ مستحق له.

والذى أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من وجوب الأجرة فى مال الصغير إن كانت الحاضنة فقيرة ـ سواء كانت أماً أو غيرها ـ أما الأم فلأنها إن لم تستحق الأجرة فإنها تستحق النفقة فى مال الصغير، وأما غير الأم فلأنها حبست نفسها على تربيته وليس لها ما تنفق على نفسها منه فكان لها الأجرة .

---

(١) يلاحظ أن كلام المالكية فى الحاضنة إذا كانت أماً للمحضون أما غيرها فلا تستحق النفقة إذ لا تجب على الولد إلا لوالديه فقط، الفواكه الدوانى ١٠٤/٢.

(٢) وبه أخذ ابن القاسم وكان يقول أولا ينفق على الحاضنة من مال الغلام، الدسوقى والشرح الكبير ٥٣٤/٢، التاج ٢٢١/٤.

(٣) أما على القول بأن الحضانة حق للحاضن فلها الأجرة الفروع وتصحيح الفروع ٦١٧/٥، المبدع ٢٣٦/٨.

أما إن كانت غنية فأرى إن هى تأيمت لأجل المحضون وكانت هى القائمة بأمره أن يكون لها النفقة وإن كانت أكثر من الأجرة لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من ينفق عليها فكان من النظر للولد كونه فى نظرها وخدمتها، وإن لم تكن تأيمت لأجله أو كانت فى سن من لايتزوج كان لها الأجرة إن خدمتهم بقدر حضانتها، وإن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت من يقوم بذلك وإنما هى ناظرة فيما يصلح للولد لم يكن لها شئ لا نفقة ولا أجرة.

ب- إن كان الولد معدما:

إذا كان الولد معدما لا مال له فإما أن يكون أبوه[1] مليا أو معسرا.

١- أن يكون غنيا:

إذا كان والد الطفل ذو مال.

فقد اختلف الفقهاء فى وجوب الاجرة عليه على قولين:

القول الأول:

وبه قال الحنفية[2] والشافعية فى المذهب [3] وهو قول عند الحنابلة[4].

---

(١) هذا إذا كان الأب حيا فإن كان ميتا لم تستحق الأم الأجرة لا فى مال الصبى ولا على من تلزمه نفقته لوجوب التربية عليها حتى تجبر على الحضانة إذا امتنعت.

(٢) رد المحتار ٦٣٤/٢، وما بعدها، منحة الخالق ١٨١/٤.

(٣) وقيل لا أجرة لها بعد الفطام ، حاشية قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٨٨/٤.

(٤) المبدع ٢٣٦/٨.

إن للحاضنة أن تطلب أجرة على حضانته ويجبر الأب عليها ولو لم تكن مرضعة[1].

لأنها إذا حضنته فقد حبست نفسها فى تربيته فوجب لها على الأب ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجرة الحضانة ، ولأن نفقة الصغير واجبة على الأب إن كان غنياً، ومن جملتها الإنفاق على حاضنته، فلم تكن أجرة من كل وجه بل لها شبه بالأجرة وشبه بالنفقة ، وسواء فى استحقاق الأجرة أن تكون الحاضنة أماً أو غيرها، لأن الأم إن استحقت الأجرة على الحضانة كان استحقاق الأجنبية لها من باب الأولى.

القول الثانى :

وذهب إليه المالكية[2] والحنابلة فى القول الآخر[3] أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة لا من الأب ولا من غيره، لأن الحضانة حق عليها، ولا أجرة لأحد على قيامه بما هو مستحق عليه، ولأن نفقتها إنما وجبت على الأب حال النكاح، أو فى العدة لمكان الزوجية وحق الحبس الثابت له عليها أما بعد انتهاء العدة فلا نفقة لها عليه.

---

(١) هذا مشروط بكونها غير منكوحة لابى المحضون أو معتدة منه وإلا لم يكن لها أجرة على حضانتها للطفل إذ هى مستحقة عليها ديانة ولاستحقاقها النفقة على الأب. منحة الخالق ١٨١/٤.

(٢) الفواكه الدوانى ١٠٤/٢، الدسوقى ٥٣٤/٢.

(٣) هذا على القول بأن الحضانة حق على الحاضن المبدع ٢٣٦/٨، الفروع ٦١٧/٥.

فإذا ثبت عدم استحقاقها للأجرة لوجوب الحضانة عليها، وعدم استحقاقها النفقة على أب الصبى لم يكن لها عليه شئ لا نفقة ولا أجرة حضانة، وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه إذ لا يجب للإنسان أجر على فعل شئ مستحق عليه.

٢- **أن يكون الأب معدما:**

إذا كان الأب معسرا لا مال له، وحضنته الأم بلا مقابل فلا اشكال.

وإن رفضت أن تحضنه إلا بأجر وتبرعت أجنبية[١] بحضانته فإنه لا ينزع من الأم بل تحضنه بأجر المثل عند الحنفية[٢].

لأن فى دفع الصغير إلى الأجنبية ضرر به فلا يعتبر معه الضرر فى المال لان حرمته دون حرمته، وإن تبرعت بحضانته من تستحق الحضانة كالعمة والخالة ونحوهما من غير أن تمنع أمه من رؤيته وتعهده ففى الصحيح عندهم يقال للأم أما أن تمسكيه مجانا وأما أن تدفعيه إليها.

أما الشافية [٣] والحنابلة فى قول [٤].

فيرون أن لها أن تحضنه بالأجرة وتكون دينا على الأب حيث جعلوا مؤنة الحضانة على الأب من غير تقييد.

---

(١) ويراد بالأجنبية من ليس لها حق فى الحضانة.

(٢) منحة الخالق ١٨١/٤.

(٣) وقيل تكون على من يلزمه نفقته، وهى عند الإعسار واجبة على الجد وإن علا فإن لم يوجد وجب على الأم أن تحضنه بغير أجر لوجوب نفقته عليها فى هذه الحالة، يراجع حاشية الشيخ عميرة ٨٨/٤، تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ١٩٤/٢، ١٩٥.

(٤) وهو اعتبار الحضانة حق للحاضن.

أما المالكية[1] وهو قول عند الحنابلة [2] فيرون أن لا أجـرة لـها وتحضنه مجانا، لأنهم يقولون لا أجرة لها على الحضانة إن كانت غنية من غير فصل بين غنى الأب أو فقره.

والذى أراه راجحا أن لا أجرة لها على الحضانة فإن قلنا الحق لها فإنها تجبر على حضانته مجانا.

وإن قلنا أنها حق عليها فإما أن تحضنه مجانا وأما أن تسلمه لمن تبرعت بحضانته مجانا سواء كانت ممن يستحق الحضانة أو لا ، إذ عدم حضانتها ترك لحقها فيها.

---

(١) يراجع الدسوقى ٥٣٤/٢.

(٢) على اعتبار أن الحضانة حق على الحاضن

المطلب الثانى

أجر المسكن للحاضن والمحضون

مما يتعلق بما سبق حق السكنى للحاضن والمحضون، وقد اختلف الفقهاء فى ثبوت أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل على الأب أو من تلزمه نفقته وعدم ثبوتها وحاصل خلافهم يتمثل فى الآتى:

أولاً:

بالنسبة لسكن الطفل نجد أن الفقهاء شبه مجمعون [1] على أن أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل تكون من مال الطفل إن كان له مال أو من مال من تلزمه نفقته[2]، كالأب عند يساره أو غيره من كل ذى رحم محرم أو من الورثة فقط على خلاف فى هذا وقد سبق فى النفقة[3].

ولعل السبب فى هذا هو أن السكنى من النفقة وهى واجبة فى مال الطفل إن كان له مال وإلا فعلى من تلزمه نفقة الطفل.

---

(١) لم يشذ عن ذلك إلا المالكية فى قول حيث يرون أن الأب إن كان فى مسكن يملكه أو بكراء ولا يزاد عليه شئ فى سكنى الولد معه أن لا شئ عليه فى أجرة سكنه مع الحاضنة لأنه فى مندوحة من دفع الأجر فى سكناه، وإن كان يزاد عليه فى الكراء أو عليها لأجل سكناه فعلى الأب الأقل مما يزاد عليها أو عليه لأجله فإن كان ما زيد عليها أقل أخذته لأنه القدر الذى أضر بها وإن كان ما يزاد عليه أقل غرمه لأنه مما لم يكن له بد لو كان عنده. يراجع التاج والإكليل ومواهب الجليل ٢٢٠/٤.

(٢) رد المحتار والدر المختار ٦٣٧/٢، ٦٧٠، ٦٧٦، الدسوقى ٥٣٣/٢، قليوبى على شرح المحلى ٨٤/٤، الفروع ٥٩٥/٥.

(٣) يراجع صـــ من البحث.

ثانيا: أجر مسكن الحاضن:

اختلف الفقهاء فى لزوم أجرة المسكن الذى تقيم فيه الحاضنة مع الطفل وذلك على قولين:

القول الأول:

للحاضن أجر المسكن الذى تحضن فيه الطفل من ماله أو من مال من تلزم الطفل نفقته.

ذهب إلى ذلك الحنفية فى الأظهر(١) والمالكية فى المشهور(٢).

واستدلوا لذلك بما يلى:

١- أن أجرة المسكن من النفقة وهى لازمة فى مال الطفل أو فى مال من تلزمه نفقته.

٢- قد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلاً أو لها مسكن بكراء أو ربما تسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد.

٣- إن المحضون إن احتاج إلى خادم فإنه يلزم الأب به، فكان الزامه بأجرة المسكن أولى إذ احتياجه إلى المسكن مقدم على احتياجه إلى الخادم.

---

(١) هذا عندهم مشروطاً بأن لا يكون لها مسكن خاص بها فإن كان لها مسكن تقيم بـه ويكـون الولد تبعاً لها من غير أن يزاد عليها فى كراءه لأجله لم يكن لها أجرة، منحة الخالق مع البحر ٢٢٠/٤، رد المحتار ٦٣٧/٢.

(٢) الدسوقى والشرح ٥٣٣/٢، التاج والإكليل ٢٢٠/٤.

القول الثانى :

لا يجب للحاضنة أجر المسكن، لأن وجوب أجر الحضانة لا يستلزم وجوب المسكن.

ذهب إلى ذلك الحنفية فى قول[١] وبه قال ابن وهب من المالكية[٢].

وعلى هذا فإن على الحاضنة ما يخصها من أجر المسكن، وعلى الطفل ما يخصه من ماله أو من مال من تلزمه نفقته، بأن يجعل نصف أجر المسكن على الحاضن ونصفه على أبى المحضون، أو ثلثها على أبى المحضون وثلثاها على الحاضن أو العكس، أو توزع على الرؤوس.

الترجيح:

والذى أميل إليه هو أن أجر مسكن المحضون يكون من ماله إن كان له مال، أو من مال من تلزمه نفقته لأن أجرة المسكن من جملة النفقة وهى واجبة فى ماله إن كان وإلا فعلى من تلزمه نفقته، أما أجرة مسكن الحاضنة فإنى أرى أن يكون من مال الطفل إن كان له مال وكانت الحاضنة أمه وهى فقيرة لا مسكن لها، أما إن كان لها مسكن بحيث يسكن معها المحضون تبعا فلا.

---

(١) هذا عندهم فى مقابل الأظهر، منحة الخالق مع البحر ٤/٢٢٠، رد المحتار ٢/٦٣٧.

(٢) هذا القول هو مقابل المشهور فى المذهب ، يراجع التاج والمواهب ٤/٢٢٠.

وإن لم يكن للطفل مال فإني أرى أن لا حق لها في أجر المسكن على أبي المحضون أو من تلزمه نفقته، خاصة على القول بأن الحضانة حق عليها حيث لا حق لها أن تطالب بالأجر لشئ مستحق عليها، وحتى على القول بأن الحضانة حق للحاضن لم يكن لها أجر المسكن فإما أن تقبل حضانته بغير أجرة المسكن أو تتركها لغيرها إذ لا تجبر عليها، ولأن الحاضنة ليست زوجة لأبي المحضون ولا معتدة منه فلا سكنى لها.

الخاتمة

بعد هذا العرض لموضوع الحضانة والأحكام الفقهية المتعلقة بـها ـ فإننى أجمل أهم نتائج هذه الدراسة فى النقاط التالية :

١- أن الإسلام قد أهتم بمعالجة الآثار التى يمكن أن تنجم عن افتراق الزوجين خاصة ما يتعلق منها بالأطفال الصغار حتى لا يؤثر ذلك الفراق وما يتبعه من مشكلات على هؤلاء الآبناء.

٢- أوجب الإسلام رعاية الأبناء على الأباء أو من يقوم مقامهما عند الافتراق كما كان ذلك واجباً عليهما قبل الفراق، بما يصلحهم وينشئهم تنشئة سليمة حتى يشبوا صالحين نافعين لمجتمعاتهم وأوطانهم.

٣- أوجب الإسلام هذا الحق للأبناء الصغار حتى يشبوا ويصيروا قادرين على إعالة أنفسهم كما أوجبه لكل من بلغ منهم غير قادر على إعالة نفسه كالمجنون والزمن.

٤- أن الحضانة إنما هى لحظ المحضون فلا تثبت لمن كانت حضانته لا مصلحة فيها للمحضون وإن كان أقرب الناس إليه، فلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا فاسق ولا كافر فى أرجح الأقوال.

٥- إن الأنثى المستحقة للحضانة يسقط حقها فيها بزواجها بأجنبى من المحضون خاصة إذا كان هناك ضرراً يعود عليه من هذا الزواج.

٦- من سقط حقه فى الحضانة لسبب من الأسباب يعود له ذلك الحق بمجرد زوال السبب المانع كالزواج والفسق والكفر ونحوها.

٧- لا أثر للسفر فى إسقاط حق من له الحضانة سواء كان هو المسافر أو من ينازعه فيها.

٨- أن أولى الناس بحضانة الطفل أمه وذلك بالإجماع ثم أمهاتها ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد، ثم الأخوات ، ثم الأخوة ثم الخالات ، ثم العمات والأعمام فى الأرجح، وإن هذا الترتيب اجتهادى روعى فيه مصلحة الصبى بتقديم من كان أكثر شفقة وصيانة على غيره.

٩- أن نفقة المحضون وأجر رضاعه فى ماله إن كان له مال وإلا ففى مال من تلزمه نفقته وأنها لا تقدر بشئ بعينه بل المراعى فيها كفاية المحضون.

١٠- إن للأم الحاضنة إذا كانت مرضعة الحق فى اجر رضاعه فى ماله أو فى مال أبيه بشرط أن لا يزيد عن أجر المثل.

١١- إن للحاضنة الحق فى طلب أجر الحضانة من مال الطفل أو من مال من تلزمه النفقة سيما إذا كانت أماً للمحضون وهى فقيرة وللصغير مال إذ نفقتها فى هذه الحالة واجبه عليه.

١٢- إن أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل تكون فى ماله إن كان له مال، وإلا ففى مال من تلزمه نفقته، أما أجر سكن الحاضن فمن مال نفسه إلا إذا كانت الحاضنة أما للمحضون وهى فقيرة وهو موسر،حيث تكون نفقتها واجبة عليه ومن جملة ذلك أجر السكن الذى تقيم فيه.

والله تعالى أعلم ،، ،،

مصادر البحث

أولا: القرآن الكريم وعلومه

١-القرآن الكريم.

٢-أحكام القرآن لأبى بكر الجصاص ـ المكتبة التجارية مكة المكرمة.

٣- الجامع لأحكام القرآن لمحمد ابن أحمد القرطبى ـ ط دار الغد العربى.

٤-مفاتيح الغيب ـ أو التفسير الكبير لفخر الدين الرازى ـ ط دار الغد العربى.

ثانيا: الحديث وعلومه :

١- التلخيص مع المستدرك للإمام الذهبى ط دار المعرفة بيروت.

٢- الجامع المختصر من السنن ـ المعروف بسنن الترمذى ـ ط دار الفكر.

٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى ط مصطفى الحلبى.

٤- السنن الكبرى لابى بكر أحمد بن الحسين البيهقى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

٥- السنن لأبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى ـ ط دار الريان.

٦- السنن لابن ماجة القزوينى ـ ط دار الريان للتراث.

٧- صحيح البخارى لمحمد بن إسماعيل البخارى ـ ط دار الفتح الإسلامى الإسكندرية.

٨- فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ـ ط دار الريان.

٩- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

١٠- المصنف لعبد الرازق بن همام الصنعانى ـ ط المكتب الإسلامى.

١١- الموطأ للإمام مالك بن أنس مع شرح الزرقانى ـ ط دار الفكر.

١٢- منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار لابن تيمية ـ ط دار التراث ـ القاهرة.

١٣- نيل الأوطار للإمام الشوكانى ط ـ دار التراث ـ القاهرة.

١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى ـ ط دار الحديث ـ القاهرة.

ثالثا: اللغة:

١- القاموس المحيط للفيروز أبادى ـ المطبعة الأميرية.

٢- المعجم الكبير إصدار مجمع اللغة العربية ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٣- المعجم الوسيط إصدار مجمع اللغة العربية ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٤- مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر الرازى ط ـ دار الحديث ـ القاهرة.

٥- النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطال الركبى ـ مع المهذب ـ ط دار الفكر.

رابعاً: الفقه:

أ- الفقه الحنفي:

١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ـ ط دار الكتاب العربى ـ بيروت .
٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.
٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ط ـ دار احياء التراث العربى بيروت.
٤- حاشية الطائى مع شرح الكنز لمحمد بن يونس الطائى ـ ط مصطفى الحلبى .
٥- الدر المختار للحصكفى مع حاشية رد المحتار ـ ط دار إحياء التراث العربى .
٦- شرح الكنز للعينى ـ ط مصطفى الحلبى.
٧- العناية على الهداية للبابرتى مع فتح القدير ـ ط دار الفكر.
٨- فتح القدير على الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ـ ط دار الفكر.
٩- المبسوط للسرخسى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.
١٠- منحة الخالق لابن عابدين مع البحر الرائق ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

١١- الهداية شرح بداية المبتدى لعلى بن أبى بكر المرغينانى ــ ط دار الفكر.

ب-**الفقه المالكى:**

١- التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق ــ ط دار الفكر.
٢- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لمحمد عرفة الدسوقى ــ ط فيصل الحلبى .
٣- حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل ط ــ دار الفكر ــ بيروت.
٤- حاشية المدنى على كنون بهامش حاشية الرهونى ــ ط دار الفكر ــ بيروت.
٥- الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ــ ط فيصل الحلبى .
٦- شرح الزرقانى على الموطأ ط دار الفكر.
٧- الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى ــ للنفراوى المالكى ــ مطبعة مصطفى الحلبى .
٨- المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم ــ مطبعة السعادة ــ مصر.
٩- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل للحطاب ــ ط دار الفكر.

جـ - **الفقه الشافعى:**

١- الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشربينى الخطيب ــ ط عيسى الحلبى.

٢- الأم لمحمد بن إدريس الشافعى ــ ط دار المعرفة ــ بيروت.

٣- تكملة المجموع للشيخ المطيعى ــ ط مكتبة الارشاد بجدة.

٤- تقريرات للشيخ عوض ومجموعة من العلماء مع الاقناع ــ ط عيسى الحلبى .

٥- حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى ــ مع قليوبى ــ ط فيصل الحلبى .

٦- حاشية قليوبى على شرح المحلى ــ ط فيصل الحلبى .

٧- الحاوى الكبير للماوردى ــ ط دار الكتب العلمية ــ بيروت.

٨- شرح المحلى على المنهاج مطبوع مع قليوبى ــ ط فيصل الحلبى.

٩- المهذب للشيرازى ــ ط دار الفكر.

١٠- مختصر المزنى إسماعيل بن يحيى ــ ط دار المعرفة ــ بيروت.

د- **الفقه الحنبلى:**

١- تصحيح الفروع لأبى الحسين على بن سليمان المرداوى ــ ط عالم الفكر.

٢- شرح منتهى الإيرادات لمنصور بن إدريس البهوتى ــ ط دار الفكر.

٣- الفروع لأبى عبد الله محمد بن مفلح ــ ط عالم الفكر.

٤- الكافى لابن قدامة المقدسى ــ ط المكتب الإسلامى .

٥- المبدع فى شرح المقنع لبرهان الدين بن محمد بـــن مفلـــح ــ ط المكتب الإسلامى .

٦- مجموع فتاوى ابن تيمية ــ مؤسسة قرطبية ــ الهرم.

٧- المغنى لابن قدامة المقدسى على مختصـــر الخرقـــى ــ مكتبـــة الكليات الأزهرية.

هــ - **الفقه الظاهرى:**

١- المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن حـــزم الأندلســـى ــ ط دار التراث ــ القاهرة .

و- **الفقه الزيدى:**

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيـــى ــ ط دار الكتاب الإسلامى.

٢- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشـــوكانى ــ ط دار الكتب العلمية .

ز- **مراجع عامة:**

١- البداية والنهاية لابن كثير ــ ط دار الغد العربى .

٢- حياة الحيوان للدميرى .

٣- المقادير الشرعية والأحكام الفقهية لمحمد نجم الدين الكردى.



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات



التكييف الفقهى للإقالة

دراسة مقارنة

إعداد
على أحمد على مرعى
أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

أتناول هذا البحث فى مطلبين

المطلب الأول : أضمنه كلمة إجمالية عن الإقالة

المطلب الثانى : أوجز فيه التكييف الفقهي للإقالة

المطلب الأول
كلمة إجمالية عن الإقالة

معنى الإقالة:

الإقالة لغة [1] مأخوذة من القيل بمعنى الرفع والإزالة قال في القاموس قلته البيع بالكسر وأقلته فسخته واستقاله طلب إليه أن يقيله وتقايل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها.

أما الإقالة في اصطلاح[2] الفقهاء:

فقد عرفها قوم بأنها رفع العقد والرفع جنس في التعريف وبإضافة الرفع إلى العقد خرج رفع ما سوى العقد.

ويلاحظ على هذا التعريف أن الرفع فيه مطلق يشمل رفع العقد بطريق الإقالة وغيره كرفع العقد بحكم الحاكم أو رفعه باستقلال أحد العاقدين متى ثبت له هذا الحق وعلى هذا يكون التعريف المذكور غير مانع ومن تتبع كلام الفقهاء في الإقالة وما يتعلق بها من مسائل يمكن أن تعرف بما يلي:

الإقالة اتفاق العاقدين أو من يقوم مقامهما على نقض حكم العقد الواقع بينهما بشروط مخصوصة.

وقولنا اتفاق جنس في التعريف يشمل كل اتفاق خرج عنه الاختلاف وبإضافة اتفاق إلى العاقدين خرج به اتفاق ما سواهما وقولنا أو

---

(١) القاموس المحيط مادة قيل.

(٢) ومن هؤلاء صاحب التنوير وشارحه وصاحب رد المحتار وابن نجيم راجع رد المحتار ج٤ ص١٥٠ ، البحر الرائق ص١١٠.

من يقوم مقامهما قيد لإدخال بعض صور الإقالة كأن تقع بين وكيلى العاقدين أو بين أحدهما ووكيل الآخر.

وقولنا على نقض إلى آخره بيان لمحل الإقالة خرج بذلك الاتفاق على إنشاء عقد جديد.

مشروعية الإقالة :

الإقالة مشروعة باتفاق الفقهاء والدليل على مشروعيتها السنة والإجماع والمعقول.

أما السنة: فما رواه أبو داود وابن ماجه بسندهما عن أبى هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ : " من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته ".

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ رغب فى الإقالة ووعد فاعلها بالثواب ولو كانت غير مشروعة ما فعل بصددها ﷺ ما فعل .

وأما الإجماع: فقد نقله كثير من الفقهاء والمحدثين منهم صاحب سبل السلام[1] وابن نجيم.

وأما المعقول : فحاجة الناس إليها فى معالمتهم فإن العاقد قد يندم على ما أقدم عليه ولا يجد أمامه طريقا إلى التحلل من العقد فشرع الله الإقالة وندب إليها لإزالة الغم عن النادم وتفريج الكرب عن المكروب.

أركان الإقالة :

اتفق الفقهاء على أنه لابد فى تحقيق الإقالة من عاقدين وصيغة ومحل على خلاف بينهم فى العاقدين والمحل هل يعتبر وجودهما ركنا أو

---

(١) سبل السلام ، البحر الرائق ١١١/٦.

شرطا ويشترط فى العاقدين أن يكونا أهلا لمباشرة العقد الذى يراد رفعه بالإقالة لأن من لا يملك الإنشاء لا يملك الرفع.

ويشترط فى الصيغة أن تدل على الإقالة على خلاف بين الفقهاء فى المعاطاة هل تصح بها الإقالة أو لا ؟

أما محل الإقالة فهو العقد الذى ترد عليه ومن العقود ما يصلح لأن يكون محلا للإقالة باتفاق الفقهاء كعقود المبادلات المالية التى يقصد منها العوض من بيع وإجارة ونحوهما ومن العقود مالا يصلح محلا للإقالة فلا تدخله باتفاق فقهاء المذاهب وهى العقود التى لا يقصد فيها المعاوضة المحضة كعقد النكاح ومن العقود ما اختلف الفقهاء فى أن هل يصلح محلا للإقالة أولا ومن ذلك الحوالة فمن الفقهاء من يرى جواز رفعها بطريق الإقالة ومن هؤلاء الحنفية ومنهم من لا يرى جواز ذلك كالشافعية[1].

---

(١) هذا وقد قال العلامة الكمال فى الفتح نقلا عن النهاية ما نصه " إذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك إلا بالإقالة.

ويفهم من هذا أن الإقالة تتعين طريقا لرفع البيع الفاسد والمكروه فلا يرفع كل واحد منهما إلا بها.

والذى يفهم من كلام الفقهاء ومنهم الحنفية أنه يجب على العاقدين فسخ البيع الفاسد ما دام المبيع صالحا للرد ويجب على القاضى فسخ مثل هذا التصرف متى اطلع عليه ولو جبرا على المتعاقدين.

قال صاحب الكنز من الحنفية فيمن يملك فسخ البيع الفاسد " ولكل منهما فسخه"

وذكر العلامة الزيلعى أن اللام بمعنى على لأن رفع الفساد واجب على العاقدين، وقال صاحب الهداية فى فسخ البيع الفاسد " ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد " واستدرك

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للإقالة

وبعد هذه الإشارة الموجزة إلى معنى الإقالة ومشروعيتها نبحث تكييف الإقالة من حيث كونها فسخا أم بيعا.

وقد اختلف في هذا الفقهاء فذهب جماعة إلى أن الإقالة فسخ للعقد السابق وهو الأرجح[1] عند الشافعية والحنابلة وبه قال زفر من الحنفية ، وحكاه صاحب البحر عن القاسم والهادى وأبى طالب وأبى العباس وأحد قولين للمؤيد بالله.

وذهب فريق آخر إلى أن الإقالة ابتداء بيع جديد وممن ذهب إلى هذا ابن حزم[2] وزيد بن على والناصر وهو رأى مرجوح للشافعية

على هذا العلامة الكمال فقال وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية أن الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخه غير أنه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه"

وقال صاحب الدر ويجب على كل واحد منهما فسخه.

وبين ما نقلناه عن هؤلاء الفقهاء وفيهم الكمل نفسه وبين ما ذكره الكمال أولا ما يوهم التعارض لأن فسخ العقد الفاسد لا يتوقف على رضا المتعاقدين والاقالة تتوقف على رضاهما فلا يكون فسخ العقد الفاسد إقالة أو على الأقل لا تتعين الإقالة طريقا لفسخ العقد الفاسد، وقد صرح العلامة الكاساني بأن البيع الصحيح اللازم لا يرتفع إلا بالاقالة أما البيع الصحيح غير اللازم والبيع الفاسد فيرتفع كل واحد منهما بالفسخ.

راجع فيما تقدم فتح القدير ج٥ ص ١٤٦، رد المحتار ج٤ ص ١٣١ والبدائع ج٧ ص ٣٣٩٣ البحر الرائق ج٦ ص ١١١ وما بعدها.

(١) المجموع ج٩ ص ٢١٥ ، المغنى ج٤ ص ١٢١ ،البحر الزخار ج٣ ص ٣٧٥.

(٢) المحلى ج٩ ص ٥،٤ ، الشرح الكبير ج٣ ص ١٥٤.

والحنابلة وإلى هذا ذهب المالكية إلا فى المرابحة وبيع الطعام والأخذ بالشفعة[1].

وذهب أبو حنيفة[2] وصاحباه إلى التفصيل بعد اتفاقهم على أن الإقالة بيع بالنسبة إلى غير العاقدين كما اتفقوا على أنها فسخ إن وقعت قبل القبض وكان المبيع منقولا.

واختلفوا فيما سوى هذا فروى عن أبى حنيفة أنها فسخ فى حق العاقدين بيع فى حق غيرهما سواء وقعت قبل القبض أو بعده وروى عنه أنها إن وقعت قبل القبض كانت فسخا وإن وقعت بعده كانت بيعا.

وروى عن أبى يوسف أن الإقالة بيع فى حق العاقدين وغيرهما إلا إذا تعذر ذلك فتجعل فسخا وروى عنه أنها ابتداء بيع على كل حال.

وقال محمد هى فسخ فى حق العاقدين وغيرهما إلا إذا تعذر جعلها فسخا فتجعل ابتداء بيع[3].

الأدلة:

استدل من ذهب إلى أن الإقالة فسخ بالسنة والمعقول.

أما السنة: فالحديث السابق[1] فى مشروعية الإقالة ووجه الدلالة من الحديث أن معنى الإقالة الرفع والازالة وهذا المعنى متحقق فى الفسخ فيكون فسخا.

---

(1) المحلى ج9 ص 504 ، الشرح الكبير ج3 ص 154.

(2) أما فى المرابحة وبيع الطعام قبل القبض فهى حل بيع على تفصيل فى هذا عندهم وأما فى الأخذ بالشفعة فليست بيعا ولا حل بيع بل تصرف باطل.

(3) شرح فتح القدير جـ 5 ص 146، رد المحتار ج4 ص 131، البدائع ج7 ص 3393.

وقد يعارض هذا بأنها لو كانت فسخا ما توقفت على رضا العاقدين كالفسخ بخيار الشرط لكنها تتوقف على الرضا فلا تكون فسخا.

ويجاب عن هذا بأنه لا نسلم أنه يلزم من كون الإقالة فسخا عدم توقفها على رضا العاقدين وإن سلم فمن الفسخ ما لا يتوقف على الرضا كالفسخ بناء على خيار ومن الفسخ ما يتوقف على رضا العاقدين كالاقالة.

وأما المعقول: فلأن الإقالة تصرف يقتضى رد البيع ولا يصح به عقد البيع ابتداء فكانت فسخا كالرد بالعيب.

واستدل من ذهب إلى أن الإقالة ابتداء بيع بالمعقول من أوجه أحدهما: أن المبيع قد عاد إلى ملك البائع على الجهة التى خرج عليها فلما كانت الأولى بيعا فكذلك الثانية.

ويناقش هذا بمنع المماثلة بين الحالين ولو سلم فهو قياس مع الفرق لأنه الحالة الأولى وقع بلفظ يصح به ابتداء البيع بخلاف الثانية.

الوجه الثانى من المعقول: أن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا موجود فى الإقالة فتكون بيعا.

ويناقش هذا بأن الإقالة رجوع عن مبادلة وليس ابتداء مبادلة.

والوجه الثالث : وهو قريب من سابقه أن الإقالة تصرف اقتضى الملك بالتراضى فكانت بيعا كالبيع المبتدأ.

---

(١) وعلى هذا فهى نوع من أنوع الفسخ وبينها وبينه عموم وخصوص مجتمعان فى فسخ العقد بعد لزومه بالاتفاق عليه وينفرد الفسخ باستقلال أحد العاقدين به، فكل اقالة فسخ من غير عكس.

ويناقش هذا بأن منقوض بالبيع المبتدأ بلفظ الإقالة فكان ينبغي أن يصح به البيع وينتقل الملك لكن ذلك غير جائز.

الوجه الرابع: أن الإقالة لو كانت فسخا ما جازت إلا برد عين الثمن لأن مقتضى الفسخ رد كل من العوضين إلى صاحبه لكن الإقالة تجوز برد عين الثمن وبرد غيره فبطل كونها فسخا فكانت بيعا جديدا.

ويناقش هذا بمنع أنه يلزم من كون الإقالة فسخا عدم جوازها إلا برد عين الثمن لأن الثمن إما أن يكون فى الذمة أو عينا وفى كلتا الحالتين لا يلزم من فسخ العقد رد عين الثمن لأنه إن كان فى الذمة فإنه لا يحتمل التعيين وإن عين فهذا شأن ما فى الذمة ميجوزا لفسخ مع رد مثل الثمن لا عينة.

وإن كان الثمن عينا معينا فيجوز الفسخ ويرد الثمن عينه إن كان باقيا وبدله إن فات .

وحاصل مذهب أبى حنيفة وصاحبيه يرجع إلى الآراء التالية.

الأول: الأصل فى الإقالة أنها فسخ إلا عند الضرورة فتجعل بيعا.

الثانى : الأصل فيها أنها بيع إلا إذا تعذر ذلك فتجعل فسخا.

الثالث: الإقالة فسخ فى حق العاقدين بيع فى حق غيرهما .

الرابع: الإقالة فسخ قبل القبض وبعده بيع.

وجه الرأى الأول: على أنها فسخ ما سبق فى أدلة المذهب الأول ووجه جعلها بيعا عند تعذر الفسخ أن الأصل فى التصرف الصحة إذا صدر من الأهل فى المحل القابل له وجعل الإقالة بيعا عند تعذر جعلها فسخا أولى من إهدار عبارة العاقد.

ووجه الرأى الثانى : على أنها بيع ما تقدم فى أدلة المذهب الثانى ووجه جعلها فسخا عند تعذر جعلها بيعا صيانة عبارة العاقد عن الإلغاء.

ووجه الرأى الثالث: أن كل واحد من العاقدين يأخذ رأس ماله يبدل وهذا معنى البيع إلا أنه لايمكن إظهار هذا المعنى فى حق العاقدين للتنافى فكانت فسخا فى حقهما بخلاف غيرهما.

ووجه الرأى الرابع : ما تقدم من أن حقيقة البيع موجودة فى الإقالة لكن لو قلنا بذلك قبل القبض لألغينا عبارة العاقد لأنه لا يجوك بيع المبيع قبل قبضه.

ونناقش أدلة الحنفية بأن حقيقة الشئ الواحد لا تختلف والأصل اعتبار الحقائق.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهو أن الإقالة فسخ لأنه يجوز لعاقدى السلم أن يتراضيا على الإقالة قبل قبض المسلم فيه باتفاق الفقهاء.

ولو كانت بيعا ما جازت لنهيه ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه قال ابن قدامة " قال ابن المنذر وفى إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعا"[1].

وعلى هذا يشترط لوقوعها صحيحة ما يلى [2].

---

(١) المغنى ج٤ ص ١٢٢.

(٢) المجموع ج١٢ ص ٢٦٥، المغنى ج٤ ص ١٢٣، البحر الرائق ج٦ ص ١١٠ ، نهاية المحتاج ج٣ ص ١٤٧، أشباه السيوطى ص ١٧٢.

١-رضا العاقدين وحضورهما أو من يقوم مقامهما مجلس الإقالة أما اشتراط الرضا من العاقدين فلأنه لو صح انفراد أحدهما بالاقالة لفات مقتضى العقد هو اللزوم إن كان العقد لازما بالنسبة إلى كل واحد من العاقدين ثم أن حقيقة الإقالة تتمثل فى اتفاق العاقدين على الفسخ وهذا يقتضى رضاهما.

وأما اشتراط الحضور فلأنه لما توقفت الإقالة على رضا العاقدين اشبهت العقد فيشترط حضور العاقدين أو من يقوم مقامهما.

٢- أن تكون بمثل الثمن الأول لأنها فسخ للعقد ومقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى صاحبه.

٣- أن يكون العقد المراد رفعه بالاقالة قابلا للفسخ لأن الفسخ أعم من الإقالة وإذا انتفى الأعم انتفى الأخص.

وإذا أهلك المبيع فى زمن الخيار بعد أن قبضه المشترى امتنع الفسخ عند الحنفية ورأى مرجوح للشافعية فتمتنع الإقالة .

والراجح عند الشافعية أن هلاك المبيع فى هذه الحالة لا يمنع من الفسخ فتصح الإقالة عندهم بناء على أنها فسخ.

أما على القول بأن الإقالة بيع فيشترط لها ما يشترط للبيع .

.. .. والله أعلم ، ،، ،، ،

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الاحتكار ووسائل معالجته
دراسة فقهية مقارنة

إعـــداد

الدكتور / جمال محمد يوسف

مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

بأسيوط

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ونصلى ونسلم صلاة وسلاما دائمين على أفضل المرسلين وسيد الهداة وعلى آله الطيبين الأطهار، وصحابته الخيرين الأبرار، ورضى الله تبارك وتعالى على كل من سار على درب الهدى واقتفى أثر النبى المصطفى إلى يوم الدين.

وبعــــد

فإنَّ التجارة مهنة تعد من أفضل المهن والأعمال إذا بر فيها التاجر، وصدق فقد فقال النبى ﷺ :" التاجر الصدوق الأمين من النبيين والصديقين والشهداء"[1] ، وسئل النبى ﷺ أى الكسب أطيب ؟ قال : عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور"[2]، غير أن كثيراً من التجار

---

(١) الحديث : أخرجه الترمذى والحاكم عن أبى سعيد الخدرى، قال الترمذى: حديث حسن، ولابن ماجه نحوه عن ابن عمر.
أنظر: سنن الترمذى جـ ٢ صـ ٣٤١، وما بعدها ط دار الفكر، المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى جـ ٢ صـ ٦ ـ ط دار المعرفة بيروت ـ لبنان ، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٢٤، دار الحديث، فيض القدير للمناوى جـ ٢ صـ ٢٧٨، دار الفكر.

(٢) الحديث: رواه البزار عن رفاعة بن رافع بن خديج، وقال الحاكم صحيح الإسناد.
انظر: المستدرك على الصحيحن للحاكم جـ ٢ صـ ١٠، سبل السلام للصنعانى جـ ٣ صـ ٧٨٨ ـ ط دار الحديث.

لا يلتزمون بالصدق، والعدل واجتناب الظلم فى المعاملــــة، ويضــــرون غيرهم بحبس السلع التى يحتاجها الناس عن البيع بقصد رفع الأســـعار عليهم، فهولاء قد حولوا نعمة الله كفرا، ولوثوا رزقهم بالمال الحـــرام، وجروا على أنفسهم الخسار والبوار، فقد روى عن النبى ﷺ أنه قـال: " من احتكر الطعام أربعين يوما ثم تصدق به لم يقبل منه"[1]، أى لو تيقـظ ضمير المحتكر بعدما احتكر طعام المسلمين وضيق عليهم معاشهم ثـــم تصدق بما اكتسبه من مال حرام لم تكن صدقته كفارة لا ثم الاحتكـــار؛ لأن الله طيب لا يقبل إلا طيبا.

وكلنا يعلم بحجم المأساة التى نعيشها فى العصر الحـــاضر مـــن جراء الغش والاحتكار فى مجالات الغذاء والدواء ومواد البناء وغـــير ذلك من الأمور.

وكما حرم الإسلام الغش تحريما قاطعا وحذر النبى ﷺ بأن مـــن يفعل ذلك فليس من المسلمين، وقال:" من غشنا فليس منا"[2] فكذلك حرم

---

(١) الحديث أخرجه ابن عساكر فى التاريخ عن معاذ بن جبل ﷺ ، ورواه أبو منصور الديلمـــى فى مسند الفردوس.

انظر : فيض القدير للمناوى جـ ٦ صـ ٣٥، وما بعدها.

(٢) الحديث رواه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه.

انظر: صحيح مسلم بشرح النووى جـ١ صـ ٣٨٦ ط دار الحديث، سنن ابى داود جـــ ٣ صـ ٢٧٢ ــ ط دار إحياء السنة النبوية، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٤٩، ســبل الســلام جـ ٣ صـ ٨٣٠.

الإسلام الاحتكار وأبعد النبى ﷺ المحتكر من درجات الأبرار والمتقيــن وقال :" الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"[1].

وشعورا منى بأهمية هذا الموضوع فى الحياة العملية فقد أخترتــه للكتابه فيه وقسمته إلى فصلين:

الفصل الأول : الاحتكار وأحكامه.

الفصل الثانى : الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاحتكار.

ونختم البحث ببيان أهم نتائجه.

وأسأل الله ﷻ أن يجنبنا الخطأ والزلل، وأن يجعل عملنـــا هـذا خالصا لوجهه الكريم: ﴿ **ربنا اغفر لنا ذنوبنا وإسرافنا فى أمرنا وثبت أقدامنا وانصرنا على القوم الكافرين** ﴾ [2].

صدق الله العظيم

د./ جمال محمد يوسف

(1) سيأتى تخريج هذا الحديث.

(2) سورة آل عمران من الآية : رقم ١٤٧.

الفصل الأول

الاحتكار وأحكامه

تمهيد:

لا ريب أن الاحتكار يعد إهدارا لحرية التجارة، فالمحتكر يتحكم في السوق، ويفرض على التجار الآخرين وعلى الناس ما يشاء من أسعار.

والتحكم في السعر بهذه الطريقة يسبب أضرارا اقتصادية واجتماعية خطيرة، ولذلك يتعين علينا أن نبين مفهوم الاحتكار، ووصفه أو حكمه الشرعي، وما يحرم احتكاره من السلع، وشروط تحريمه، وحكم ادخار الأقوات الضرورية.

وهذا هو ما سنقوم ببحثه في هذا الفصل في المباحث الخمسة الآتية:-

المبحث الأول: تعريف الاحتكار.

المبحث الثاني: الوصف الشرعي للاحتكار.

المبحث الثالث: ما يحرم احتكاره من السلع.

المبحث الرابع: شروط الاحتكار المحرم.

المبحث الخامس: حكم ادخار الأقوات الضرورية.

المبحث الأول

تعريف الاحتكار

تعريف الاحتكار فى اللغة:

الاحتكار فى اللغة: الجمع والحبس فقد جاء فى مختار الصحاح للرازى:" احتكار الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء"[1].

والاسم منه الحكر والحكرة، وأصل الحكر: الجمع والامساك، وحكره يحكره حكرا: ظلمه، يقال فلانا يحكر فلانا إذا أدخل عليه مشقة ومضرة فى معاشرته ومعايشته[2].

تعريف الاحتكار فى اصطلاح الفقهاء:

تعددت تعاريف الفقهاء للاحتكار على النحو الآتى:-

فقد عرفه الحنفية بأنه: اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء أربعين يوما"[3].

وعرفه المالكية بأنه" الادخار للبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق[1].

---

(١) مختار الصحاح للرازى صـ ٦٢ مكتبة لبنان، وراجع فى ذلك أيضا المصباح المنير للفيومى صـ ١٤٥، ط دار المعارف، معجم مقاييس اللغة لابن فارس جـ ٢ صـ ٩٢، ط دار الجيل.

(٢) لسان العرب لابن منظور جـ ٢ صـ ٩٤٩، ط دار المعارف.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٧ ط دار الفكر، بدر المتقى فى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر جـ ٢ صـ ٥٤٧، ط دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان.

وعرفه الشافعية: بأن يشترى الشخص الطعام فى وقت الغلاء ويحبسه ليبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة"[2].

وعرفه الحنابلة : بأن يشترى الشخص القوت للتجارة ويحبسه فيقل فيغلوا السعر[3].

وإذا دققنا النظر فى هذه التعريفات يتضح لنا ما يلى :

١- أن المعنى الاصطلاحى للاحتكار يرتبط ارتباطا وثيقا بالمعنى اللغوى، ولا ريب أنه كلما ارتبط المعنيان فإن التعريف يكون أقرب إلى الفهم والتصور.

٢- أن الادخار لغير البيع وطلب الربح لا يصدق عليه وصف الاحتكار كما لو أمسك الشخص شيئا من غلته ليبيعه فى زمن الغلاء.

٣- أن تعاريف الحنفية، والشافعية، والحنابلة قد نصت على أن الاحتكار يكون فى الأقوات لا غير فى حين أن تعريف فقهاء المالكية لم ينص على ذلك ومن ثم فإن الاحتكار عندهم يكون فى كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة، وهذا لرأى يتفق تماما مع علة

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجى جـ ٥ صـ ١٥ ـ ط دار الفكر العربى.

(٢) روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣٠ ـ ط دار الفكر ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٣ صـ ٩٣ .

(٣) كشاف القناع للبهوتى جـ ٣ ـ ١٨٧ ـ ط دار الفكر.

تحريم الاحتكار، إذ أن المقصود من التحريم هو : رفع الضرر عن عامة الناس.

٤- يتضح ــ أيضا ــ من تعريف فقهاء الشافعية أن التاجر لو أمسك شيئا من بضاعته وباعها فى زمن الرخص فإن هذا لا يسمى احتكارا حيث قيد التعريف البيع بكونه فى زمن الغلاء.

وعلى ضوء ما سبق فإنه يمكننا أن نضع التعريف التالى للاحتكار هو : حبس السلع التى يحتاجها الناس عن البيع لتقل فى الأسواق وتغلو أثمانها.

ومن الجدير بالذكر أن احتكار السلع يوصف فى العصر الحاضر: " بالسوق السوداء" وإنها لسوداء فعلا على البائع، لأنه يأخذ أموال الناس بغير حق ولا جهد مما يجعله يستحق اللعن والبغض من الله ﷻ ومن الناس، وهى ــ أيضا ــ سوداء على المشترى، لأنه يضطر إلى الشراء مهما كانت حالته من فقر أو احتياج.

المبحث الثاني

الوصف الشرعي للاحتكار

يقصد بالوصف الشرعي ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي [1]. وهو كون الفعل واجبا، أو مندوبا، أو حراما، أو مكروها، أو مباحا.

هذا وقد اختلف آراء الفقهاء في صفة أو حكم الاحتكار فيرى جمهور الفقهاء المالكية، والحنابلة، والشافعية في الصحيح وبعض الحنفية، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية أن الاحتكار محرم[2].

---

(١) الحكم التكليفي هو : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير، وفعل المكلف بهذا الاعتبار عند جمهور الأصوليين ينقسم إلى واجب، ومندوب، وحرام، ومكروه، ومباح، وأما عند الحنفية فإن الحكم التكليفي ينقسم إلى فرض، وواجب ومندوب، وحرام ، ومكروه كراهة تحريمية، وتنزيهية ، ومباح.

والفرض: هو ما طلبه الشارع بالزام وثبت الطلب بدليل قطعي لا شبهة فيه.

والواجب: ما طلبه الشارع وألزم به ولكن ثبت بدليل ظني فيه شبهة.

والمندوب: ما طلب الشارع فعله طلبا غير لازم، والحرام: هو ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي لا شبهة فيه. والمكروه: ما ثبت النهي عنه بدليل ظني فيه شبهة.

والمباح: ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك.

انظر: في تعريف الحكم التكليفي وأقسامه.

التلويح على التوضيح جـ ١ صـ ١٣١، وما بعدها، مطبعة محمد على صبيح، إرشاد الفحول للشوكاني صـ ٦ مطبعة مصطفى البابي الحلبي أصول الفقه للشيخ / محمد أبو زهرة صـ ٢١ ـ ٢٣ ـ مطبعة دار الفكر العربي.

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ٤ صـ ٢٢٧، وما بعدها ـ ط دار الفكر الطبعة الثانية ، حاشية المدني على كنون جـ ٥ صـ ١١ وما بعدها، ط دار الفكر، المغني والشرح الكبير لابن =

ويرى أكثر فقهاء الحنفية وهو قول فى مذهب الشافعية والإمامية أن الاحتكار مكروه إذا كان يضر بالناس[1].

الأدلة:

استدل جمهور الفقهاء على تحريم الاحتكار بما يأتى :

١- الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ **ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم**﴾[2].

وجه الدلالة:

أن الإلحاد هو الميل بالظلم والعدوان، والظلم منهى عنه وقد توعد الله ﷻ عليه بالعذاب الأليم، والاحتكار من الظلم ويدخل تحت الوعيد، إذ أن الآية قد وردت بصيغة العموم، والوعيد بالعذاب الأليم لا يكون إلا على فعل محرم فيكون الاحتكار محرما، وقد ذكر القرطبى فى تفسيره

= قدامة جـ ٤ صـ ٥١٠، ط دار الغد العربى، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨، بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣ ـ ط دار الفكر، نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ صـ ٤٧٢ ـ ط مصطفى البابى الحلبى ، روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣٠، المحلى لابن حزم جـ ٧ صـ ٥٧٢ ـ ط دار الفكر، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للمرتضى جـ ٤ صـ ٣١٩، ط دار الكتاب الاسلامى القاهرة، المختصر النافع فى فقه الإمامية للحلى صـ ١٤٤ ـ ط وزارة الأوقاف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل لأطفيش جـ ٨ صـ ١٧٤، ط مكتبة الإرشاد جدة.

(١) تكملة شرح فتح القدير لقاضى زادة جـ ١٠ صـ ٥٨، ط دار الفكر ، حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٧ وما بعدها، المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٩٩ ط مصطفى البابى الحلبى، روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣٠، المختصر النافع صـ ١٤٤.

(٢) سورة الحج من الآية : ٢٥.

لهذه الآية أن أبا داود روى عن يعلى بن أمية أن رسول الله ﷺ قال :" احتكار الطعام فى الحرم إلحاد فيه"[1] وهو قول عمر بن الخطاب[2].

٣- السنة:

بما روى عن ابن عبد الله العدوى عن رسول الله ﷺ قال:" لا يحتكر إلا خاطئ "[3].

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث صريح فى تحريم الاحتكار؛ لأن الخاطئ هو العاصى الآثم[4].

– وبما روى عن النبى ﷺ أنه قال:" الجالب مرزوق والمحتكر ملعون "[5].

---

(١) الحديث: أخرجه أبو داود فى كتاب المناسك، قال ابن القطان حديث لا يصح، وفى الميزان هذا الحديث واهى الاسناد .

انظر: سنن أبى دواد جـ ٢ صـ ٢١٢، وما بعدها، ط دار إحياء السنة النبوية، فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوى جـ ١ صـ ١٨٢ ـ ط دار الفكر الطبعة الثانية .

(٢) الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبى جـ ١٢ صـ ٤٠ ط دار الحديث وراجع أيضا فى ذلك: تفسير ابن كثير جـ ٣ صـ ٢١٥، مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى.

(٣) الحديث رواه مسلم

انظر: صحيح مسلم وشرح النووى عليه جـ ٦ صـ ٤٨، دار الحديث.

(٤) المصدر السابق جـ ٦ صـ ٤٩، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦١، ط دار الحديث.

(٥) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه فى كتاب التجارات وفى سنده على بن سالم وهو ضعيف =.

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث كما هو ظاهر يدل ـ أيضـــا ـ علـــى تحريـــم الاحتكار لأنه لا يلتحق اللعن إلا بمباشرة المحرم؛ ولأن اللعن لا يكـــون إلا لذنب شديد فيكون الاحتكار حراما[١].

– وبما روى عن النبى ﷺ أنه قال :" من احتكر طعاما أربعيـــن ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه "[٢].

وجه الدلالة :

أن مثل هذا الوعيد الشديد ببراءة ذمة الله ورسوله من المحتكر لا يلحق به إلا إذا كان الاحتكار حراما[٣].

– وبما روى أن عمر بن الخطاب خرج مع أصحابه فرأى طعاما كثـيرا قد ألقى على باب مكة، فقال: " ما هذا الطعام؟ فقالوا: جلب إلينا فقـــال:" بارك الله فيه وفيمن جلبه، فقيل له :" فإنه قد احتكر، قال: من احتكـــره؟ قالوا : فلان مولى عثمان ، وفلان مولاك فأرسل إليهما فقال ما حملكمـــا

– أنظر : سنن ابن ماجة جـ ٢ صـ ٧٢٨، التلخيص للحافظ الذهبى بذيل المستدرك علـــى الصحيحين جـ ٢ صـ ١١، ط دار المعرفة بيروت لبنان.

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد وابن أبى شيبة والبزار وأبو يعلى والحالكم، وفيه أبو بشـــر الأملوكى ضعفه ابن معين .

انظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم جـ ٢ صـ ١١ وما بعدها، مجمع الزوائد ومنبـــع الفوائد جـ ٤ صـ ١٠٣، منشروات مؤسسة المعارف ـ بيروت ـ لبنان.

أنظر : سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٢٩، فيض القدير للمناوى جـ ٢ صـ ٣٥.

(٣) بدائع الصناع للكسانى جـ ٥ صـ ١٩٣.

على احتكار طعام المسلمين، قالا: نشترى بأموالنا ونبيع؟ قال: سـمعت رسول الله ﷺ يقول:" من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتـى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس"[١].

وجه الدلالة:

أن مثل هذا الوعيد الدنيوى بالضرب الجـذام أو الإفـلاس دال على تحريم الاحتكار؛ لأن الوعيد لا يكون إلا على شئ محرم.

٣- المعقول:

أن الاحتكار من باب الظلم؛ لأن ما يباع فى المصر فقد تعلق بـه حق العامة، فإذا امتنع المشترى عن بيعه عند شدة حاجتهم إليـه فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم وحرام وقليل مدة الحبس وكثيرها سواء فى حق الحرمة لتحقق الظلم[٢].

وقبل أن نختم أدلة القائلين بالتحريم لابد من القول:

بأن ابن حجر الهيثمى قد اعتبر الاحتكار من الكبـائر وقـال: إن كونه كبيرة هو ظاهر الأحاديث من الوعيد الشديد كاللعنة، وبراءة ذمـة الله ورسوله منه، والضرب عليه بالجذام والإفلاس وبعض هـذا دليـل على الكبيرة[٣].

---

(١) الحديث:أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه والحاكم، فى الزوائد إسناده صحيح ورجاله موثقون. انظر : سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٢٩، فيض القدير للمناوى جـ ٦ صـ ٣٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٣) نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ صـ ٤٥٦.

واستدل من قال بأن الاحتكار مكروه بنفس الأحاديث السابقة التى تنهى عن الاحتكار حيث حملوا النهى الوارد فى هذه الأحاديث على الكراهة.

بيد أنه يلاحظ أن تصريح علماء الحنفية بالكراهة مطلقا ينصـرف إلى الكراهة التحريمية، وفاعل المكروه تحريما يستحق العقاب كفاعل الحرام [1].

الرأى الراجح:

نرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بتحريم الاحتكار؛ لصراحة الأدلة فى ذلك؛ ولما فيه من الظلم والضرر على عامة الناس، ولو فرض أن هناك بعض الأحاديث لم تثبت فى الصحيح فهناك حديث:

:" لا يحتكر إلا خاطئ وقد ورد فى صحيح مسلم، والتصريح بأن المحتكر خاطئ أى آثم يكفى فى إفادة تحريم الاحتكار.

هذه هى أقوال الفقهاء فى حكم الاحتكار ومنه يتبين لنا ــ بحسب ما رجحناه ــ أن الاحتكار حرام مطلقا بدون تخصيص بمكان معين غاية ما فى الأمر أن حرمته فى الحرم أشد لتعظيم الله تعالى له؛ لأن الحرام واد غير ذى زرع فالواجب على الناس جلب الأقوات إليه للتوسعة على أهله فمن ضيق عليهم بالاحتكار فقد ظلم نفسه ظلما شديدا فاستحق الوعيد الشديد الوارد فى قوله تعالى :﴿ **ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم** ﴾ [2].

---

(١) مجمع الأنهر جـ ٢ صـ ٥٢٣.

(٢) سورة الحج من الآية : ٢٥.

علة تحريم الاحتكار:

تأكد لنا مما سبق أن الإسلام قد حرم الاحتكار وتوعد عليه بالعذاب الأليم، لكن ما هى العلة أو الحكمة من وراء هذا التحريم؟

يتضح لنا من مجموع النصوص السابقة ومن اجتهادات الفقهاء أن علة تحريم الاحتكار تتمثل فى دفع الظلم والضرر عن عامة الناس؛ لأن حبس السلع عن التداول بقصد غلاء الأسعار يؤدى إلى التضييق على عامة الناس وإلحاق الضرر بهم، ودفع الضرر من مقصود الشرع فى الخلق[1] حيث قال النبى ﷺ :" لا ضرر ولا ضرار"[2].

فحرم الشارع الاحتكار دفعا لهذا الظلم والضرر العام قال النووى فى شرح صحيح مسلم : " والحكمة فى تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه دفعا للضرر على الناس"[3].

---

(١) المستصفى من علم الأصول للغزالى جـ ١ صـ ٢٨٦ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام مالك فى الموطأ عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه مرسلا، وأخرجه الحاكم من حديث أبى سعيد الخدرى، بلفظ لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت ـ رضى الله عنهم .

قال الحاكم فى المستدرك : هذا حديث صحيح الاسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه .

أنظر: الموطأ للإمام مالك بن أنس جـ ٢ صـ ٧٤٥ ط دار إحياء الكتب العربية، المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى جـ ٢ صـ ٥٨، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٨٤.

(٣) انظر : صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٦ صـ ٤٩ ، ويراجع أيضا مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ صـ ٢٢٨، تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١٢٦ الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعانى جـ ٣ صـ ٣٠٨، مطبعة دار الجيل ـ بيروت ـ لبنان.

المبحث الثالث

ما يحرم احتكاره من السلع

لقد جرى الخلاف بين الفقهاء هنا فى عدة أمور: ما يكـــون فيـــه الاحتكار من السلع، والطعام الذى يحرم احتكاره، والوقت الذى يحــــرم فيه الاحتكار، ونتناول بيان ذلك بالتفصيل فى المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

ما يكون فيه الاحتكار من السلع

اختلف الفقهاء فى الاحتكار المحرم هل يكون فى الأقوات خاصة أم هو عام بالنسبة لجميع السلع وللفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة آراء:-

الرأى الأول: ذهب جمهور الفقهاء أبو حنيفة ومحمد بن الحسن، والشافعية والحنابلة، والإمامية والذيدية، والإباضية إلى أن الاحتكار لا يكون إلا فى الأقوات فقط(١).

الرأى الثانى :

ذهب المالكية، وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الاحتكار يكون فى كل ما يضر الناس حبسه سواء كان قوتا أو لا(٢).

الرأى الثالث:

ذهب محمد بن الحسن فى قوله الثانى إلى أن الاحتكار يكون فى القوت والثياب (٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٧ وما بعدها، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٨ صـ ٣٧٠، ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان، المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٢٩، نهاية المحتاج للرملى جـ ٣ صـ ٤٧٢، وما بعدها، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥١١، كشاف القناع للبهوتى جـ ٣ صـ ١٨٧، المختصر النافع صـ ١٤٤، البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٩، شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٨ صـ ١٧٥-١٧٧.

(٢) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦ ، مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ صـ ٢٢٧ ، حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٨، بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٨.

الأدلة

استدل جمهور الفقهاء على أن الاحتكار يكون فى الأقوات فقط بالسنة والمعقول:

السنة:

بما رواه ابن ماجه بسنده عن عمر بن الخطاب ﷺ قال:" سمعت رسول الله ﷺ يقول : " من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس "[1].

ومنها ــ أيضا ــ ما رواه الإمام أحمد وابن أبى شيبة والبزار وأبو يعلى أن النبى ﷺ قال :" من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه"

وزاد الحاكم : " وأيما أهل عرصة[2] أصبح فيهم امرؤ جائها فقد برئت منهم ذمة الله"[3].

ومن السنة: ــ أيضا ــ ما روى عن أبى أمامة أن النبى ﷺ نهى أن يحتكر الطعام "[4].

---

(١) قد سبق تخريجه.

(٢) العرصة: ساحة الدار، وهى البقعة الواسعة التى ليس فيها بناء، قال أبو منصور الثعالبى : كل بقعة ليس فيها بناء فهى عرصة.

انظر: المصباح المنير صــ ٤٠٢.

(٣) المستدرك على الصحيحين للحاكم جــ ٢ صــ ١١ وما بعدها.

(٤) الحديث أخرجه الحاكم والبيهقى .

انظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم جــ ٢ صــ ١١، السنن الكبرى للبيهقى جــ ٦ صــ ٣٠ دار المعرفة بيروت ــ لبنان .

وجه الدلالة :

أن هذه الأحاديث قد قيدت الاطلاق الوارد فى الحديث الذى رواه مسلم عن معمر بن عبد الله العدوى أن النبى ﷺ قال:" لا يحتكر إلا خاطئ"[1]، وكذا قوله ﷺ :" الجالب مرزوق والمحتكر ملعون "[2] والمطلق يحمل على المقيد كما هو مقرر فى الأصول[3].

وقد ناقش الشوكانى ما استدل به الجمهور :

بأن التصريح بلفظ الطعام فى بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التى يطلق عليها المطلق، وذلك لأن نفى الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب[4]، وهو غير معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر فى الأصول[5].

المعقول:

أن الضرر فى الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بحبس القوت فلا يتحقق الاحتكار إلا به[6].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) قد مر تخريجه.

(٣) تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١٢٤.

(٤) مفهوم اللقب : هو أن يذكر الحكم مختص بجنس أو نوع، فيكون الحكم ثابتاً فى موضع النص منفياً فيما عداه.

انظر : أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة صـ ١٢٠.

(٥) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦٢.

(٦) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣، المهذب جـ ١ صـ ٢٢٩.

واستدل المالكية وأبو يوسف من الحنفية على أن الاحتكار يكون فـي كل ما تدعو إليه حاجة الناس ويتضررون من حبسه بعموم الأحـاديث التي تنهى عن الاحتكار؛ ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام[1].

وأما ما ذهب إليه محمد بن الحسن في قوله الثاني بأن الاحتكار يكـون في القوت والثياب فقد استدل على ذلك: بأن كلا منهما مـن الحاجـات الضرورية[2].

الرأى الراجح:

يبدو لى من خلال ما سبق أن الرأى الراجح هو ما ذهـب إليـه المالكية وأبو يوسف من الحنفية من القول: بأن الاحتكار يكون في كـل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه وذلك استنادا إلى الأحاديث العامة التى لم تفرق فى تحريم الاحتكار بين الطعام وبيـن غيره من السلع، والتصريح بلفظ الطعام فى أحاديث أخرى لا يمنع ذلـك العموم؛ لأن ذلك من التنصيص على بعض أفراد العام؛ ولأن الضـرر الذى يصيب الناس من جراء الاحتكار لا يقف عنـد حـد الأقـوات أو الغذاء فقط فقد نكون بصدد احتكار سلعة ضروريـة أخـرى كـالدواء واللباس وغير ذلك مما يترتب على احتكاره من أضرار.

قال الشوكانى بعد أن أورد جملة من الأحاديث التى تنـهى عـن الاحتكار : " وهذا يدل على تحريم الاحتكار لكل ما تدعو إليـه حاجـة

(١) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦، البناية فى شرح الهداية للعينى جـ ٩ صـ ٣٤٤.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية جـ ٢ صـ ٩٣ نقلا عن الجامع الصغير.

الناس، ويؤيد هذا الحديث :" من دخل في شئ مـــن أســـعار المســـلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة"[1].

فإنه يعم كل ما له سعر .. .. .. وأيضا إذا كانت العلة الإضـــرار بالمسلمين فهو يشمل كل ما يتضررون بإحتكاره وتدعو حاجتهم إليـــــه، وإن كان التضرر باحتكار الطعام أكثر لمزيد الحاجة إليه [2].

(١) الحديث أخرجه أحمد عن معقل بن يسار ورجاله رجال الصحيح ورواه الطبراني في الكبير والأوسط إلا أنه قال:" كان حقا على الله أن يقذفه في معظم من النار" ورواه الحاكم بلفـــظ : من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغلى عليهم كان حقا على الله أن يقذفـــه فـــي معظـــم جهنم، رأسه أسفله".

انظر: مجمع الزائد جـ ٤ صـــ ١٠٤، المستدرك على الصحيحين للحاكم جـ ٢ صــــ ١٢ وما بعدها.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني جـــــ ٣ صـــــ ٨٥ مطبعـــة وزارة الأوقاف بجمهورية مصر العربية .

المطلب الثانى

الطعام الذى يحرم احتكاره

مما سبق يتضح لى أن الاحتكار يكون فى كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه فيشمل الطعام، والدواء، والمسكن، والملبس، وغير ذلك مما يحتاجه الناس.

والآن نبحث أنواع الطعام الذى يحرم احتكاره.

والطعام لغة:

اسم جامع لكل ما يؤكل يقال: طعم يطعم طعما فهو طاعم إذا أكل أو ذاق، قال تعالى: ﴿ **فإذا طعمتم فانتشروا** ﴾ [١] وقال أيضا: ﴿ **إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس منى ومن لم يطعمه فإنه منى** ﴾ [٢] أى من لم يذقه، والجمع أطعمة.

وأهل الحجاز إذا أطلقوا لفظ طعام عنوا به البر خاصة[٣].

هذا وقد اختلف الفقهاء فى أجناس الطعام الذى يحرم احتكاره على النحو التالى :-

فيرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن أن الطعام الذى لا يجوز احتكاره هو ما كان قوتا لآدمى أو للبهائم كالحنطة، والشعير، والتمر والقت؛ لأن هذه الأشياء هى التى يقع فيها الضرر غالبا"[٤].

---

(١) سورة الأحزاب من الآية: ٥٣.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٤٩.

(٣) لسان العرب لابن منظور جـ ٤ صـ ٢٦٧٣، مختار الصحاح للرازى صـ ١٦٥.

(٤) البناية شرح الهداية جـ٩صـ ٣٤٤، مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر جـ٢ صـ٥٤٧

ويرى الشافعية والحنابلة أن الاحتكار المحـــرم لا يعــم جميــع الأطعمة فما كان قوتا لآدمى كالذرة والأرز، والتمر، والزبيب انصــرف النهى إليه، وما ليس بقوت كالادام ، والحلـــوى، والعســل، والزيــت، وأعلاف البهائم فليس فيهما احتكار محرم؛ لأن هذه الأشياء مما لا تعــم الحاجة إليها فأشبهت الثياب والحيوانات[1].

وقد توسع فقهاء المالكية وأبو يوسف من الحنفية فى تحديد الجنس الذى يحرم احتكاره من الطعام، وقالوا: إن الحكرة تكون فى كــل شــئ من طعام وادام وغير ذلك؛ لأن حقيقة الضرر موجودة فى كــل شــئ، ولعموم النهى أيضا[2].

وهذا الرأى هو الراجح؛ لأن الحنطة والشعير والتمر ليس هو كل ما يحتاجه الناس من الطعام؛ ولأن هذه الأنواع لا تعــد غــذاء كــاملا وصحيحا للإنسان فلا يجوز قصر الاحتكار المحرم عليها، ومــن هنــا أرجح رأى المالكية وقول الإمام أبى يوسف من أن الاحتكار يكون فــى كل شئ من طعام وإدام.

والله أعلم بالصواب

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ صـ ٣٨، نهاية المحتاج جـ ٤ صـ ٢٧٢، ومــا بعدهــا المغنــى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥١١، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨٧.

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ صـ ٢٢٧، البناية فى شرح الهداية جـ ٩ صـ ٣٤٤.

المطلب الثالث

الوقت الذي يحرم فيه الاحتكار

ثبت مما تقدم أن الاحتكار المحرم لا يقتصر على الحنطة، والشعير، والتمر، بل يشمل كل أنواع الطعام، فهل احتكار هذه الأنواع ممنوع مطلقا فى جميع الأوقات؟ أم أنه ممنوع فى وقت الضرورة والضيق فقط؟

اتفق الفقهاء على أن احتكار الطعام وغيره من السلع لا يجوز حال الضرورة والضيق[1].

وأما فى حال الرخاء والسعة فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين:

الرأى الأول:

ذهب الإمام مالك فيما رواه عنه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إلى أن احتكار الطعام يمنع فى كل وقت وذلك أخذا بعموم النهى[2].

---

(١) الهداية مع تكملة الفتح جـ ١٠ صـ ٥٨، المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦، تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعى جـ ١٢ صـ ١٢٥، وما بعدها ، احياء علوم الدين للغزالى جـ ٢ صـ ٧٣، المغنى والشرح الكبير لابن قدامة جـ ٤ صـ ٥١١، المحلى بالآثار لابن حزم جـ ٧ صـ ٥٧٢.

(٢) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦.

الرأى الثانى :

ذهب عامة الفقهاء ومنهم الإمام مالك فيما رواه عنه ابن القاسم إلى أن وقت الرخاء والسعة لا يمنع فيها من احتكار شئ من الأشياء؛ لعدم الضرر فى ذلك، بل أن ابن حزم قد اعتبر ذلك من قبيل البر والإحسان؛ لأن الجلابين إذا باعوا بضاعتهم أكثروا من جلب السلع، وإذا كسدت تجارتهم ولم يجدوا لها بيعا تركوا استيراد وجلب البضائع فيضر بذلك المسلمين [١].

وهذا الرأى هو الراجح؛ لأن حبس السلع فى وقت الرخاء والسعة لا يترتب عليه ضرر بالمستهلكين، وإذا لم يترتب عليه ضرر فليس لمنعه معنى .

والله أعلم بالصواب

(١) المراجع السابقة فى نفس المواضع المشار إليها .

المطلب الرابع

شروط الاحتكار المحرم

تبين لى مما تقدم أن الاحتكار محرم بأدلة صريحة حاسمة، وأنه يشمل القوت وغيره مما يحتاجه الناس من الدواء، والثياب، والوقود، ومواد البناء، وغير ذلك.

وتبين ــ أيضا ــ أن الاحتكار لا يكون له معنى إلا إذا كان فى وقت الضرورة والضيق دون وقت الرخاء والسعة.

بيد أنه لا بد هنا من الوقوف على شروط الاحتكار المحرم، والصور التى تدخل فى نطاقه، والتى لا تدخل بسبب اختلال أحد الشروط التى نص عليها الفقهاء، وهو الأمر الذى يحتاج إلى بحث هذه الشروط لبيان ما يعد احتكارا من هذه الصور وما لا يعد، وهذه الشروط هى:

الشرط الأول:

أن يتملك المحتكر السلعة بطريق الشراء من نفس الإقليم الذى ظهرت فيه الضائقة.

وبناء على ذلك لو جلب شيئا، أو أدخل من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكرا وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[1].

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٢، وما بعدها ، تكملة البحر الرائق جـ ٨ صـ ٣٧٠، المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٦، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى صـ ٢٥٨، ط عالم الفكر، المهذب جـ ١ صـ ٢٢٩، روضة الطالبين جـ ٣ صـ ١٣٠، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥١٠، وما بعدها ، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨٧.

وروى عن أبى يوسف أن من حبس غلة أرضه، أو ما جلبه من بلد آخر فإنه يكون محتكرا[1].

الأدلة

استدل الجمهور على أن حبس ما جلبه، أو ما زرعه ليس باحتكار بالسنة والمعقول.

السنة:

بما روى عن النبى ﷺ أنه قال:" الجالب مرزوق .. .. ".

وجه الدلالة:

أن هذا الشخص جالب ، والجالب لا يعد محتكرا، بل أنه مرزوق كما بشره النبى ﷺ [2].

المعقول:

أ- أن حرمة الاحتكار بحبس المشترى فى المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما بمنع حقهم ولم يوجد ذلك فى المشترى خارج المصر من مكان بعيد؛ لأنه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم.

ب- أن ما جلبه أو ما زرعه يعد خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا[3].

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٢.

(٢) المرجع السابق جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٣) تكملة البحر الرائق جـ ٨ صـ ٣٧٠، تكملة فتح القدير جـ ١٠ صـ ٥٨.

ج- أن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينتفع، فإن النـــاس إذا علموا عنده طعاما معدا للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه[1].

واستدل أبو يوسف على أن من حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلــد آخر فإنه يكون محتكرا بقوله ﷺ " الجالب مرزوق والمحتكر ملعــون " حيث ورد لفظ اللعن مطلقا فيشمل أيضا من زرع، أو جلـــب وحبـس السلعة عن الأسواق[2].

واستدل أيضا من جهة المعقول : بـــأن كراهـــة الاحتكـــار بالشـــراء والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعامة وقد وجد هنا فيكـــون هـــذا الحبس احتكارا[3].

الرأى الراجح:

نرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القـــول: بـــأن مـــن حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلد آخر لا يعتبر محتكرا بشـــرط أن لا يضيق على أحد؛ لأن هذا الجلب أو الاستيراد بالتعبير المعــــاصر لـــو اعتبر احتكارا ما أقدم أحد على ذلك وعندئذ ستزداد المشـــكلة تعقيـــدا؛ ولأن من حبس غلة أرضه فهو خالص حقه لا يتعلق به حق أحـــد فـــلا يكون محتكرا، لكن من الأفضل أن لا يفعل ذلـــك ويبيـــع كمـــا ذكـــر الكاساني فى البدائع لأن هذا الحبس قد يترتب عليه ضرر بالمسلمين ولا

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥١٠، وما بعدها.
(٢) تكملة فتح القدير جـ ١٠ صـ ٥٨، البناية شرح الهداية جـ ٩ صـ ٣٤٧.
(٣) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٢.

سيما فى أوقات الضرورة والشدة[1]، ومن ثم فإن ترك هذا الحبس أو الادخار أفضل وأولى .

هل يجبر الجالب ومن حبس غلة أرضه على البيع؟

من حبس غلة أرضه أو ما جلبه من بلد آخر يجبر على البيع إن اضطر الناس إلى ذلك، جاء فى تكملة ابن عابدين بخصوص هذه المسألة: " وهل يجبر على بيعه؟ الظاهر نعم إن اضطر الناس إليه "[2].

وجاء فى حاشية الرهونى نقلا عن ابن رشد:" وإذا وقعت الشدة أمر أهل الطعام بإخراجه مطلقا ولو كان جالبا له، أو كان من زراعته"[3].

ولم أقف على نص لفقهاء الشافعية والحنابلة بخصوص هذه المسألة إلا أن ما صرحوا به من أن المحتكر يجبر على البيع كما يبيع الناس دفعا للضرر[4]، فالظاهر أنهم يرون جبر المستورد ومن حبس غله أرضه على البيع إن اضطر إلى الناس إلى ذلك دفعا للضرر.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٢) تكملة ابن عابدين جـ ٢ صـ ٧١٩.

(٣) حاشية الرهونى جـ ٥ صـ ١١ وما بعدها، وراجع أيضا التاج والإكليل للمواق جـ ٤ صـ ٣٨٠.

(٤) نهاية المحتاج جـ ٣ صـ ٤٧٢، كشف القناع جـ ٣ صـ ١٨٨، المبدع جـ ٤ صـ ٤٨.

الشرط الثانى :

أن يكون المحتكر متربصا به الغـــلاء، أى يريـد بــه ارتفــاع الأسعار[1] ويدل على ذلك ما روى عن أبى هريرة أن النبـــى ﷺ قال: من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها علـــى المســلمين فـــهو خاطئ " وزاد الحاكم: وقد برئت منه ذمة الله"[2].

وقوله ﷺ :" من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليـــهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار"[3].

وبناء على ذلك: فإن التاجر الذى لديه مخزون من الســلعة قبــل الأزمة ولم يقصد التحكم فى السعر فلا يعتبر محتكرا، وكذلك الحال لــو قصد بالتخزين توفير السلعة فى وقت عدم إنتاجها كما هو الحال فــــى كثير من السلع الزراعية لا يعد ذلك احتكارا بشرط طرح الســلعة فـــى الأسواق عندما يحتاجها الناس.

ولو انفردت الدولة بإنتاج وتوزيع سلعة معينة بقصد الحماية مـــن جشع الأفراد أو لتحقيق العدالة الاجتماعية، فلا تدخل هذا الصورة فـــى

---

(١) حاشية سعد جلبى بهامش فتح القدير جـ ١٠ صـ ٥٨، المنتقى جـ ٥ صـ ١٥، تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١٢٥، كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨٧، الروض النضـير جـ ٣ صـ ٥٨٧، شرح كتاب النيل جـ ٨ صـ ١٧٧.

(٢) الحديث رواه أحمد والحاكم، قال الذهبى فى التلخيص: فيه اسحاق العسـيلى كـان يسـرق الحديث، وقال فى المهذب : حديث منكر.

انظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم جـ٢صـ١٢، فيض القدير للمناوى جـ٦صـ٣٥.

(٣) قد سبق تخريج هذا الحديث.

الاحتكار الآثم، ومن ثم فإن الاحتكار لا يعد آثما إلا إذا كان بقصد اغلاء السعر[1].

الشرط الثالث:

أن يكون الشئ المحتكر مما يحتاج إليه الناس؛ لأن ادخار ما لا حاجة للناس إليه لا يضر بهم، إلا إذا كان فعله لذلك يفضى إلى الغلاء فإنه يتناوله قوله ﷺ :" من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم .. .. " ولذلك وجدنا بعض الأحاديث الواردة فى باب الاحتكار تركز على الطعام وهو كما نعلم سلعة ضرورية لا يستغنى عنها أحد[2].

الشرط الرابع:

أن يكون الشئ المحتكر فاضلا عن كفايته وكفاية من يعولهم لمدة سنة كاملة ويدل على ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب ﷺ أن رسول الله ﷺ كان يبيع نخل بنى النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم "[3].

وبناء على ذلك: لو قصد الشخص بالتخزين تأمين حاجات نفسه وعياله ولم يقصد الربح فإنه لا يعد محتكرا.

---

(١) مبادئ الاقتصاد الإسلامى والاقتصاد الوضعى د./ ربيع محمود الروبى صـ ٣٤٦، وما بعدها ـ مكتب إتش للآلات الكاتبة وطباعة الأوفست القاهرة ١٩٨٣ م. - ١٤٠٣ هـ.

(٢) البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٩، السيل الجرار جـ ٣ صـ ٨٥، الروض النضير جـ ٣ صـ ٣٠٨.

(٣) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه

انظر : صحيح البخارى مع الفتح جـ ١٥ صـ ١٥٥.

الشرط الخامس:

أن يكون الشراء فى وقت الغلاء للتجارة ويحبسه ليغلو ثمنه، وأما إذا اشترى فى وقت الرخص وادخره فليس باحتكار ولا تحريم فيه، وهذا الشرط قد نص عليه فقهاء الشافعية[1].

الشرط السادس:

أن يكون الحبس لمدة معينة، ولم ينص على ذلك سوى فقهاء الحنفية والإمامية ، والإباضية، وقد اختلفوا فى تحديد هذه المدة، فقد جاء فى الهداية للمرغينانى:" ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر، وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر، ثم قيل: هى مقدرة بأربعين يوما لقول النبى ﷺ :" من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرى الله منه"

وقيل : بالشهر؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل.. ويقع التفاوت فى المأثم بين أن يتربص العسرة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله، وقيل : المدة للمعاقبة فى الدنيا، وأما الإثم ــ أى الأخروى فيتحقق ــ وإن قلت المدة" [2].

---

(١) المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٩٩، روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣٠، تكملة المجموع للمطيعى جـ ٢ صـ ١٢٦.

(٢) الهداية مع البناية جـ٩ صـ ٣٤٥، وما بعدها، وراجع أيضا فى ذلك تكملة ابن عابدين جـ ٦ صـ ٧١٨.

وجاء فى المختصر النافع فى فقه الإمامية : " وقيل : أن تستبقية فى الرخص أربعين يوما، وفى الغلاء ثلاثة"[1].

وجاء فى شرح كتاب النيل وشفاء العليل :" فلو اشتراه لينتظر به الغلاء يوما أو نصف يوم أو ثلثه أو ساعة أو أقل أو أكثر لكان محتكروا ولا حد لذلك، وقيل : يحد بثلاثة أيام فيجوز ادخاره ليوميــن أو يــوم، وقيل: يحد بأربعين يوما فيجوز ادخاره لما دونـها، لقولـه ﷺ :" من احتكر على المسلمين طعامهم أربعين ليلة.. .. " [2].

ونرى أن الرأى الراجح هو ما ذكره الكاسانى فى البدائع : " أن قليل مدة الحبس وكثيرها سواء فى حق الحرمـة؛ لتحقـق الظلـم"[3]؛ ولأن التحديد بالأربعين كما جاء فى الحديث قد جرى مجرى الغالب مـن أن الغلاء يظهر لأربعين يوما فأكثر، أو أن المقصود من الحديث التغليـظ على من حبس الطعام أربعين يومـا، وليـس المقصـود تحديـد مـدة الاحتكار، إذ أن الضرر يتحقق بمجرد حبس السلع عن البيع.

احتكار الصنف والعمل:

إن الاحتكار ليس قاصرا على الصور التى ذكرناها ــ آنفا ــ من خلال بحث الشروط التى يتحقق بها الاحتكار، بل يشمل ــ أيضا ــ كلى ما يكون فى معناه مثل احتكار الصنف والعمل.

---

(١) المختصر النافع صـ ١٤٤.

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٨ صـ ١٧٧، وما بعدها.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣.

احتكار الصنف:

وقد بين صفة ذلك ابن القيم فقال:" أن يلزم أن لا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون، فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثم يبيعونها هم بما يريدون، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب، فهذا من البغى فى الأرض والفساد والظلم، وهؤلاء يجب التسعير عليهم، وأن لايبيعوا إلا بقيمة المثل، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل، بلا تردد فى ذلك عند أحد من العلماء"[1].

احتكار العمل:

وقد صور ابن القيم ذلك بقوله:" منع غير واحد من العلماء ـ كأبى حنيفة وأصحابه ـ القسامين الذى يقسمون العقار وغيره بالأجرة : أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا والناس محتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجرة.

وكذلك ينبغى لوالى الحسبة، أن يمنع مغسلى الموتى والحمالين لهم من الاشتراك؛ لما فى ذلك من اغلاء الأجرة عليهم، وكذلك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم "[2].

ويتضح مما تقدم ما يلى :

١- أن من منع غيره أن يبيع ذلك الصنف أو النوع أو يشتريه فلا تباع السلع إلا لأشخاص معينين ثم يبيعواهم بما شاءوا، أو يشتروا

---

(١) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم صـ ٢٤٥ ـ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان.

(٢) المرجع السابق صـ ٢٤٦.

بما شاعوا كان ذلك المنع ظلما للبائعين الذين يريدون بيع تلك السلع، وظلما للمشترين منهم أيضا، وهذا المنع يعد فى معنى الاحتكار، ولذلك يجب على الحاكم أن يسعر على هؤلاء الأشخاص وأن لا يبيعوا إلا بقيمة المثل، وفى تقديرى الشخصى إذا لم تفلح عقوبة التسعير فى ردع هؤلاء الأشخاص فيجب على الشرطة الموكلة بالتموين أن تمنع هؤلاء الأشخاص من دخول الأسواق؛ لأن إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان وقد قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾[1]. ولا ريب أن هذا من البغى فى الأرض والظلم والعدوان .

٢- أن أرباب الصناعات المختلفة من الفلاحين ، والنساجين والخياطين، والمهندسين، والأطباء وغيرهم إذا أغلوا الأجرة عن طريق الاشتراك أو الاتفاق، أو التواطؤ مع بعضهم، فإن ذلك يعد من قبيل الاحتكار المحرم؛ لما فى ذلك من إلحاق الضرر بالناس؛ ولذلك يجوز لولى الأمر فى هذه الحالة أن يقدر لهم أجرة المثل.

---

(١) سورة المائدة من الآية: ٢.

المبحث الخامس

حكم ادخار الأقوات الضرورية

قبل أن نبين حكم ادخار الأقوات الضرورية، ينبغي علينا أن نعرف الادخار؛ لأن الحكم عن الشئ فرع عن تصوره، ولا يكون الحكم صحيحا إلا إذا كان التصور صحيحا أيضا، إذ لا تصديق بلا تصور.

تعريف الادخار فى اللغة:

أصل كلمة ادخار فى اللغة: اذتخار، وهو افتعال من الذخر، فأدغمت الذال التاء دالا مشددة تسهيلا على النطق فصارت الكلمة ادخار، ومعنى ادخر الشئ : جمعه وحفظه لوقت الحاجة إليه [1].

ويراد به عند الفقهاء:

الحبس للقوت وغيره مما يحتاج إليه الناس.

وهو بهذا المعنى يرادف المعنى اللغوى .

حكم ادخار القوت وغيره مما يحتاج إليه الناس:

اتفق الفقهاء على جواز الادخار فى الجملة بشرط أن لا ينوى به التجارة، قال ابن رسلان فى شرح السنن:" ولا خلاف فى أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به"[2].

---

(١) لسان العرب لابن منظور جـ ٣ صـ ١٤٩٠.

(٢) تكملة المجموع للمطيعى جـ ١٢ـ ١٢٤، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦٢.

ويدل على جواز الادخار ما ثبت أن النبى ﷺ كا يبيع نخل بنـــــى النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم"[1].

وهل يجوز الادخار فيما زاد على السنة :

اختلف الفقهاء فى ذلك:

فيرى جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية، وهو الأوجـــه عند الشافعية أنه يجوز الادخار مطلقا بدون تقييد بمدة معينة"[2].

واستدلوا على ذلك بأن النبى ﷺ قد حبس قوت أهله سنة ولم يمنع من أكثر فصح أن إمساك ما لابد منه مباح والشراء مباح أيضا[3].

ويرى الشافعية فى وجه آخر: أنه يكره ادخار ما فضل عن كفايته لمدة سنة وذلك اتباعا للخبر الوارد فى ذلك[4].

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء فى ذلك هو الـــرأى الراجـــح؛ لأن التقييد بالسنة كما ذكر ابن حجر العسقلانى فى الفتح إنما جاء لضــرورة الواقع؛ لأن الذى كان يدخر لم يكن يحصل إلا من السنة إلى السنة؛ لأنه كان إما تمرا، وإما شعيرا، فلو قدر أن شيئا مما يدخر كان لا يحصـــــل إلا من سنتين إلى سنتين لاقتضى الحال جواز الادخار لأجل ذلك[5].

---

(١) الحديث قد مر تخريجه صـــ٢٢٣.

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـــ ٢ صـــ ٢٢٧ ، كشاف القناع للبهوتى جـــــ ٣ صـــــ ١٨٨، المحلى لابن حزم جـــ ٧ صـــ ٥٧٣، نهاية المحتاج للرملى جـــ ٣ صـــ ٤٧٢.

(٣) المحلى لابن حزم جـــ ٧ صـــ ٥٧٣.

(٤) نهاية المحتاج جـــ٣ صـــ ٤٧٢، حاشية الشيخ سليمان ــ الجمل على شرح المنهج جـــــ ٣ صـــ ٩٣.

(٥) فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـــ ١٥صـــ ١٥٦.

حكم ادخار القوت لمن يشتريه من السوق:

اختلف الفقهاء فى جواز ادخار القوت لمن يشتريه من السوق ونترك الحطاب فى مواهب الجليل يتحدث عن هذا الخلاف فيقول:" وأما إذا اشترى من السوق فأجازه قوم، ومنعه آخرون إذا أضر بالناس.

ونقله النووى عن القاضى عياض فى الاشتراء من السوق وأنه إن كان فى وقت ضيق الطعام فلا يجوز بل يشترى مالا يضيق على المسلمين كقوت أيام أو أشهر، وإن كان فى وقت سعة اشترى قوت سنة كذا نقل القاضى هذا التفصيل عن أكثر العلماء، وعن قوم إباحته مطلقا"(١).

ويتضح مما تقدم:

أن الخلاف المذكور بين العلماء إذا كان الشراء فى حال الرخاء والسعة، وأما إذا كان الشراء فى حال الضيق فلا يجوز الادخار أصلا إرفاقا بالناس وحتى لا يؤثر ذلك على الأسعار.

حكم جبر المدخر على بذل ما ادخره فى وقت الضرورة والشدة:

اتفق الفقهاء على أن من ادخر شيئا من الأقوات الضرورية لنفسه أو لعياله ولم يكن محتاجا إليه حالا واضطر إليه أحد غيره لزمه بذله للمضطر بقيمته؛ لأنه يتعلق به إحياء نفس معصوم فلزمه بذله إليه(٢).

---

(١) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ صـ ٢٢٨.

(٢) الاختيار لتعليل المختار جـ ٤ صـ ١٧١ ط حاشية الدسوقى جـ ٢ صـ ١١٢، ط دار إحياء الكتب العربية أسنى المطالب شرح روضة الطالب جـ ١ صـ ٥٧٢، كشاف القناع جـ ٦ صـ ١٩٨، الطرق الحكمية صـ ٢٦٢.

وأما إذا كان محتاجا إلى الشئ المدخر حـالا كما إذا اشـتدت المخمصة فى سنة المجاعة وأصابت الضرورة خلقـا كبـيرا، وكـان عند بعـض النـاس قـدر كفايتـه وكافيـة عيالـه لـم يلـزم بذلـه للمضطرين؛ لأن الضرر لا يـزال بـالضرر"[1].

ادخار الدولة للأقوات والسلع الضرورية :

يجب على الدولة أن تدخر مـن الأقـوات والسـلع الضروريـة لما يلحق بالمسلمين من حوادث وأزمـات؛ لأن ذلـك ممـا تقتضيـه المصلحة، ففى ذلك إبقاء لحيـاة المسـلمين .

ويمكن أن نستدل لذلك بما جاء فى سـورة يوسـف مـع ملـك مصر قال الله تعـالى :﴿ **يوسـف أيـها الصديـق افتنـا فـى سـبع بقرات سمان يأكلهن سبع عجـاف وسـبع سـنبلات خضـر وأخـر يابسات لعلى أرجع إلى النـاس لعلـهم يعلمـون * قـال تزرعـون سبع سنين دأبا فمـا حصدتـم فـذروه فـى سـنبله إلا قليـلا ممـا تأكلون * ثم يأتى من بعد ذلك سبع شـداد يـأكلن مـا قدمتـم لـهن إلا قليلا مما تحصنـون** ﴾ [2].

(1) كشاف القناع للبهوتى جـ ٦ صـ ٢٠٠، وانظر أيضا المراجع السابقة فى نفس المواضـع المشار إليها.

(2) سورة يوسف الآيات : ٤٦ – ٤٨.

فقد قص الله ﷻ علينا ذلك من غير نكير، وما قصه الله ﷻ عن الأمم الماضية بلا إنكار يكون شرعا لنا ما دام لم يظهر في شرعنا ما ينسخه أو يخالفه.

قال القرطبي بعد أن ذكر معاني هذه الآيات : " هذا يدل على جواز احتكار – أي إدخار – الطعام إلى وقت الحاجة"[1].

---

(١) تفسير القرطبي جـ ٩ صـ ٢١٠.

الفصل الثاني

الوسائل الشرعية لعلاج ظاهرة الاحتكار

تمهيد

من المعلوم أن موارد الأحكام قسمان: مقاصد وهى الأمور المكونة للمصالح والمفاسد، ووسائل وهى الطرق الشرعية المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحليل أو تحريم(١).

ولا ريب أن منع الاحتكار يحقق مصلحة عامة للمسلمين ويدفع عنهم مفسدة.

وإذا نظرنا فى الأحكام المتعلقة بالاحتكار نجد أن الإسلام يحرم الاحتكار ويتوعد عليه بالعذاب الأليم فى الدنيا والآخرة، ويخص بشدة على جلب السلع والبضائع، وهذه ليست هى الوسيلة الوحيدة لمنع الاحتكار بل هناك وسائل أخرى منها التسعير، وبيع مال المحتكر جبراً، والتعازير المختلفة التى يتخذها الحاكم بقصد الردع والزجر.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن نقسم الوسائل التى يعالج بها الإسلام ظاهرة الاحتكار فى المباحث التالية:-

المبحث الأول: الترهيب والترغيب.

المبحث الثانى : التسعير.

المبحث الثالث: بيع مال المحتكر جبراً.

المبحث الرابع : توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر.

---

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة صـ ٢٢٨.

المبحث الأول

الترهيب والترغيب

الترهيب :

حرم الإسلام الاحتكار بنصوص قاطعة وتوعد عليه بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة لينبه بهذا الوعيد القلوب الغافلة ويحرك النفوس المؤمنة إلى المنافسة الشريفة في التجارة وجلب السلع التي يحتاجها الناس.

العذاب الدنيوي :

فقد روى عن عمر بن الخطاب ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال:" من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس ".

ففي هذا الحديث وعيد شديد للمحتكرين في الدنيا بالضرب بالجذام والإفلاس نتيجة لأكلهم أموال الناس بغير حق وطمعهم في الغنى على حساب من يستحق العون والمساعدة.

العذاب الأخروي:

لم يقف الإسلام عند حد الوعيد بالعذاب الدنيوي لمن يحتكر أقوات الناس وحاجتهم الضرورية بل هدد الإسلام أيضاً بالعذاب الأخروي وفي ذلك يقول النبي ﷺ :" من دخل في شئ من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة".

وفي حديث ثان عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ :" من احتكر الطعام أربعين يوماً فقد برئ من الله وبرئ الله منه".

فهذا إعلان للمحتكرين ببراءتهم من الله وبراءة الله منهم، وهذه البراءة لم يعلنها الله ﷻ إلا للمشركين[1] قال تعالى: ﴿ وأذان من الله ورسوله إلى الناس يوم الحج الأكبر أن الله برئ من المشركين ورسوله﴾[2].

الترغيب بجلب السلع والبضائع:

لم يقف الإسلام فى معالجته للاحتكار عند التحذير والوعيد الشديد بل رغب بشدة فى جلب للسلع والبضائع، واقترن هذا الترغيب بالمثوبة فى الدنيا والآخرة فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال:" من جلب طعاما فباعه بسعر يومه فكأنما تصدق به" وفى لفظ آخر" فكأنما أعتق رقبة"[3]: وروى عن النبى ﷺ أنه قال :" الجالب مرزوق والمحتكر ملعون".

والجالب هو الذى يشترى الطعام ويبيعه للناس فهو مرزوق؛ لأن الناس ينتفعون به فيناله بركة دعاء المسلمين، والمحتكر هو الذى يشترى للمنع فيضر بالناس[4].

وفى تصورى وتقديرى الشخصى أن الجلب أو الاستيراد بالتعبير المعاصر يعتبر من أحسن الوسائل لعلاج ظاهرة الاحتكار؛ لأن فى

---

(١) من توجيهات الإسلام للشيخ شلتوت صـ ١٨١.

(٢) سورة التوبة من الآية : ٣ .

(٣) الحديث أخرجه ابن مردوية فى التفسير من حديث ابن مسعود بسند ضعيف انظر : المغنى عن حمل الأسفار فى الأسفار فى تخريج ما فى الأحياء من الأخبار للحافظ العراقى بذيل أحياء علوم الدين للغزالى جـ٢ صـ٧٣ .

(٤) البناية فى شرح الهداية للعينى جـ ٩ صـ ٣٤٢.

الجلب زيادة السلع المعروضة، وإذا زاد العرض نقص السعر وتختفي الأزمة نتيجة لذلك ولا يكون للاحتكار معنى.

وبناء على ذلك يمكننا أن نقرر: أنه يجب على الدولة في الضائقات أن تفتح باب الاستيراد؛ لأن الاحتكار ذريعة إلى التضييق على الناس وكما أن الاحتكار حرام لذلك، فالجلب أو الاستيراد واجب في وقت الضيق والشدة؛ لأنه ذريعة إلى التوسعة، ولذا قال النبي ﷺ " الجالب مرزوق ".

وهكذا نجد أن الإسلام يحارب الاحتكار بتحريمه والتحذير الشديد منه ويحث بشدة على جلب البضائع حتى تختفي الأزمة من الأسواق.

المبحث الثاني

التسعير

تمهيد:

ثبت لنا مما سبق أن الإسلام حرم الاحتكار وتوعد عليه بـالعذاب الأليم فى الدنيا والآخرة، وحض بشدة على جلب السلع والبضـائع، إلا أن ذلك قد لا يكفى لعلاج هذه الظاهرة السيئة؛ لأن النفس أمـارة بالسـوء ، وعليه تقترن هذه الوسيلة بوسائل أخرى تساهم فى علاج هذه المشـكلة، ومن ذلك ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز التسـعير إذا كان التجار يحتكرون على المسلمين ويتعدون بالقيمة تعديا فاحشاً.

ولكى يتضح هذا الأمر جليا نبين معنى التسعير، وأنواعه، وحكـم كل نوع وصفته، وما يتعلق به من المبيعات، وحكم البيع مـع مخالفتـه، وها نحن نتحدث عن كل ذلك على هذا الترتيب.

تعريف التسعير:

التسعير لغة : تقدير السعر، يقال : سعر الشئ إذا قدر سعره(١).

وقد عرفه الشوكانى: بأن يأمر الحاكم أو نائبه أهل السـوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنعوا مـن الزيـادة عليـه أو النقصـان لمصلحة(٢).

أنواع التسعير:

التسعير على نوعين:

---

(١) مختار الصحاح للرازى صـ ١٢٦، لسان العرب لابن منظور جـ ٣ صـ ٢٠١٥.

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦٠.

أحدهما:

أن يكون للناس سعر غالب وأراد بعضهم أن يبيع بأنقص منه.

وثانيهما:

أن يحدد الحاكم لأهل السوق سعر معين لا يجوز الزيادة عليه[1].

ونبين فيما يلى حكم هذين النوعين :

النوع الأول

البيع بأنقص من السعر الغالب

إذا كان للناس سعر غالب وأراد بعض التجار أن يبيع بأنقص منه فهل يمنع من النقصان أم لا ؟

يرى الإمام مالك أنه يمنع من ذلك.

واحتج بما رواه فى الموطأ عن سعيد بن المسيب: "أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر: إما أن تزيد فى السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا"[2].

ومعنى ذلك: أن حاطب بن أبى بلتعة كان يبيع دون سعر الناس فأمره عمر أن يلحق بهذا السعر أو يقوم من السوق[3].

وقد عارض الإمام مالك فى ذلك الشافعى وابن حزم فقالا: يجوز لمن أتى السوق أن يبيع بأقل أو أكثر.

---

(١) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٧ وما بعدها.

(٢) الموطأ للإمام مالك بن أنس جـ ٢ صـ ٦٥١.

(٣) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٧.

وأما الشافعي فقد احتج بما رواه بإسنادة عن عمر:" أنه مر بحاطب ابن أبي بلتعة بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما فسعر له مدين بدرهم فقال عمر: لقد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون سعرك فإما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال له: إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء إنما هو شئ أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع" ، قال الشافعي: وهذا الحديث مستقصى ليس بخلاف لما روى مالك، ولكنه روى بعض الحديث أو رواه من روى عنه وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول؛ لأن الناس مسلطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها ولا شيئاً منه بغير طيب أنفسهم إلا في الموضع التي تلزمهم وهذا ليس منها"[1].

وأما ابن حزم فقد رد على استدلال المالكية بحديث عمر بأنه لا حجة لهم فيه لوجوه:

١- أنه لا حجة في قول أحد دون قول النبي ﷺ .

٢- أن هذا الحديث لم يصح عن عمر؛ لأن سعيد بن المسيب لم يسمع عنه .

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي جـ ٥ صـ٤٠٧، تكملة المجموع جـ١٢ صـ ١١٤.

٣- أنه لو صح لكانوا قد أخطأوا فيه على عمر، وتأولوه بما لا يجوز وإنما أراد عمر بقوله: إما أن تزيد فى السعر، أن تبيع من المكاييل أكثر مما تبيع بهذا الثمن.

وقد جاء عن عمر مبينا فى الخبر الذى رويناه من طريق عبد الرازق عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب قال: وجد عمر حاطب بن أبى بلتعة يبيع الزبيب بالمدينة فقال: كيف تبيع يا حاطب ؟ فقال : مدين، فقال عمر: تبتاعون بأبوابنا وأفنيتنا، وأسواقنا، تقطعون فى رقابنا، ثم تبيعون كيف شئتم، بع صاعاً، وإلا فلا تبع فى أسواقنا وإلا فسيروا فى الأرض ثم اجلبوا ثم بيعوا كيف شئتم.

فهذا خبر عمر مع حاطب فى الزبيب كما يجب أن يظن بعمر، فإن قالوا : فى هذا ضرر على أهل السوق؟

قلنا: هذا باطل، بل فى قولكم أنتم الضرر على أهل البلد كلهم، وعلى المساكين، وعلى هذا المحسن إلى الناس، ولا ضرر فى ذلك على أهل السوق؛ لأنهم إن شاءوا أن يرخصوا كما فعل هذا فليفعلوا والا فهم أملك بأموالهم كما هذا أملك بماله، والحجة القاطعة فى هذا قوله تعالى : **﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾** (١).

وقوله تعالى : **﴿ وأحل الله البيع ﴾** (٢).

---

(١) سورة النساء من الآية: ٢٩.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٧٥ ، وانظر : المحلى لابن حزم جـ ٧ صـ ٥٣٧، وما بعدها.

والرأي الراجح في ذلك:

أن هذا يرجع تقديره لولى الأمر فإن رأى أن انقاص السعر بـهذه، الطريقة يفسد على أهل السوق بيعهم، ويؤدى إلى الشـغب والمنازعـة، وإلى احتكار قلة من التجار للسوق ليرفعوا السعر بعد ذلك فإنه يمنع منـه ويأمر بالبيع بالسعر العادل الذى يحقق به مصلحة أهل السـوق والنـاس جميعاً، وإن رأى أن انقاص السعر لا يؤدى إلى ذلك فإنه يـترك النـاس أحراراً فى بيعهم وشرائهم سواء باعوا بأقل أو أكثر.

النوع الثاني

تسعير السلعة بمبلغ معين لا يجوز الزيادة عليه

إذا حدد الحاكم للتجار سعراً معيناً لا يجوز تجاوزه فقـد اختلـف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة آراء:

الرأى الأول: وهو لجمهور الفقهاء فقد قالوا : بأن التسعير محرم.

الرأى الثانى : ذهب بعض الفقهاء إلى أن التسعير جائز.

الرأى الثالث: يرى الحنفية أن التسعير مكـروه إلا إذا تعلـق بـه دفـع الضرر عن العامة فإنه يجوز

الرأى الأول:

ذهب جمهور الفقهاء وهم الشافعية فـى الصحيـح، والحنابلـة، والظاهرية، والإمام مالك فى رواية عنه، وبعض الزيدية، والإمامية فـى

الأصح إلى أن التسعير محرم، وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد[1].

واستدل الجمهور على تحريم التسعير بالكتاب والسنة والمعقول:

الكتاب:

قال تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾.

وجه الدلالة :

أن الله ﷻ نهى عباده المؤمنين أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل وأباح لهم الربح من التجارة إذا كانت عن رضا، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بسعر معين لا يجوز الزيادة عليه ليس فيه رضا وطيب نفس فيكون من أكل أموال الناس بالباطل وهو منهى عنه.

السنة:

بما روى عن أبى هريرة ﷺ : أن رجلاً جاء فقال: يا رسول الله سعر فقال: بل ادعوا ثم جاءه فقال: يا رسول الله سعر، فقال بل الله يخفض ويرفع وإنى لا أرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندى مظلمة"[2].

---

(١) روضة الطالبين جـ ٣ صـ ١٣١، مغنى المحتاج جـ ٢ صـ ٣٨، المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥٠٨، المحلى جـ ٧ صـ ٥٣٧، المنتقى جـ ٥ صـ ١٨، البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٨، المختصر النافع صـ ١٤٤.

(٢) الحديث : أخرجه أبو داود

انظر : سنن أبى داود جـ ٣ صـ ٢٧٢.

وبما روى عن أنس بن مالك قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله لو سعرت؟ فقال: إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر، وإنى لأرجو أن ألقى الله ﷻ ولا يطلبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال»[1].

وجه الدلالة من وجهين:

١- أن النبى ﷺ لم يسعر، وقد سأله بعض الصحابة ذلك ولم يستجب لهم، ولو جاز لأجابهم إليه[2].

٢- أن النبى ﷺ قد اعتبر التسعير مظلمة وإذا كان مظلمة فهو محرم [3].

ونوقش استدلال الجمهور:

بأن هذه قضية معينة، وليست لفظاً عاماً، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما يحتاج إليه الناس، ومن المعلوم أن الشئ إذا قل رغب الناس فى المزايدة فيه، فإذا بذله صاحبه كما جرت به العادة، وتزايد فيه الناس، فهنا لا يسعر عليهم[4].

---

(١) الحديث: أخرجه أبو داود وابن ماجة والترمذى وقال: هذا حديث حسن صحيح.
انظر : سنن أبى داود حـ ٣ صـ ٢٧٢، سنن ابن ماجه جـ ٢ صـ ٧٤١، وما بعدها سنن، الترمذى جـ ٣ صـ ٥٩٦، وما بعدها.

(٢) المغنى والشرك الكبير جـ ٤ صـ ٥٠٨.

(٣) المصدر السابق فى نفس الموضع المشار إليه، نيل الأوطار جـ ٥ صـ ٢٦٠، سبل السلام جـ ٣ صـ ٨٢٤.

(٤) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم صـ٢٥٨.

بما روى عن النبى ﷺ أنه قال :" لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه"[١].

وجه الدلالة :

أن اجبار الناس على بيع أموالهم بسعر معين ليس فيه رضا وطيب نفس، وكل ما يكون كذلك فإنه يكون محرماً للنهى عنه.

المعقول:

١- أن الناس مسلطون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم، والحاكم مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره فى مصلحة المشترى برخص الثمن أولى من نظره فى مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم فيجتهد المشترى فى الاسترخاص ويجتهد البائع فى توفير الربح[٢].

٢- أن التسعير يسبب الغلاء؛ لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلدا يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلاً فيرفعون فى ثمنها ليصلوا إليها فتغلوا الأسعار

---

(١) الحديث: أخرجه الدارقطنى .

انظر: سنن الدارقطنى جـ ٣ صـ ٢٦.

(٢) الحاوى الكبير للماوردى جـ ٥ صـ ٤٠٩، وما بعدها، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٥ صـ ٢٦٠.

ويحصل الإضرار بالجانبين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم وجانب المشترى فى منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراماً[1].

الرأى الثانى:

ذهب إليه مالك فى رواية أشهب عنه، وسعيد بن المسيب، وربيعة ابن عبد الرحمن، ويحيى بن سعيد الأنصارى، وبعض الزيدية، والإمامية فى غير الأصح إلى أن التسعير جائز، وبه قال الشافعية فى غير الصحيح فى وقت الغلاء دون الرخص[2].

واحتج أصحاب هذا الرأى على ذلك: بأن فى هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم، ولا يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحدده ولى الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشترى[3].

الرأى الثالث:

ذهب الحنفية إلى أن التسعير مكروه إلا إذا تعلق به دفع الضرر عن العامة كما إذا كان التجار يحتكرون الطعام ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز الحاكم عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به مشورة من أهل الرأى والبصيرة.

والمراد بالتعدى الفاحش: هو البيع بضعف القيمة.

---

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ٤ صـ ٥٠٨.

(٢) المنتقى جـ ٥ صـ ١٨، البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٨، المختصر النافع صـ ١٤٤، روضة الطالبين جـ ٣ صـ ١٣١.

(٣) المنتقى جـ ٥ صـ ١٨.

وقد استدل الحنفية على كراهة التسعير بنفس الأحاديث السابقة التى استدل بها الجمهور على تحريم التسعير حيث حملوا النهى الوارد فى ذلك على الكراهة؛ ولأن الثمن حق البائع فكان إليه تقديره[1].

الرأى الراجح:

بعد أن ذكرنا آراء الفقهاء فى هذه المسألة فإنى أرى أن الأصل الذى تقرره النصوص الشرعية هو حرمة التسعير، إلا أنه يجب على الحاكم أن يفرض سعراً معيناً لا يجوز تجاوزه إذا اقتضت المصلحة ذلك، كما إذا وجد خللا واضحاً فى السوق والأسعار ناشئاً من عوامل مفتعلة من التجار كاستغلال حاجة الناس، والبيع بأثمان فاحشة وبضعف القيمة، واحتكارهم للسلع بقصد التحكم فى السعر فى وقت الحاجة والضرورة.

يقول ابن القيم : " وأما التسعير: فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز".

فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز، بل واجب.

---

(١) البناية جـ ٩ صـ ٣٤٨- ٣٥٠ ، بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣، البحر الرائق جـ ٨ صـ ٣٧٠، وما بعدها.

فأما القسم الأول: فمثل ما روى أنس قال : غلا السعر على عهد النبى ﷺ فقالوا : يا رسول الله، لو سعرت لنا؟ فقال: إن الله هو القابض الرازق، الباسط المسعر، وإنى لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال".

فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر ــ إما لقلة الشئ، وإما لكثرة الخلق ــ فهذا إلى الله، فإلزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها : إكراه بغير حق.

وأما الثانى: " فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها، مع ضرورة الناس إليها[1]، إلا بزيادة على القيمة المعروفة فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، والتسعير هاهنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به"[2].

ويقول ابن القيم فى موضع آخر: " أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير: سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل"[3].

وهكذا نجد أن التسعير يعتبر وسيلة من وسائل معالجة الاحتكار، ولازما لمحاربته، ولو طبق الحاكم التسعير بهذا المفهوم لكان أنجح وسيلة فى قطع دابر الاحتكار والمحتكرين.

---

(١) وهذا هو الاحتكار .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم صـ ٢٤٤ وما بعدها.

(٣) المصدر السابق صـ ٢٦٤.

صفة التسعير:

إذا كنا قد رجحنا القول بجواز التسعير إذا اقتضت مصلحة المسلمين ذلك، فما هى صفته عند من جوزه؟

قال ابن حبيب:" ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشئ، ويحضر غيرهم، استظهاراً على صدقهم فيسئلهم، كيف يشترون؟ وكيف يبيعون؟ فيناز لهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به، ولا يجبرهم على التسعير، ولكن عن رضا.

قال أبو الوليد الباجي: ووجه ذلك : أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشترين، ويجعل للباعة فى ذلك من الربح ما يقوم بهم ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضاً بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار، وإخفاء الأقوات، وإتلاف أموال الناس"(١).

ويظهر لنا من ذلك: أن ولى الأمر إذا سعر فإنه يتقيد فى ذلك بمراعاة مصلحة البائعين والمشترين وإحقاق العدل بينهما، فيعطى التجار قدراً مجزياً من الربح ولا يجحف أيضاً بحقوق الناس.

وإذا فعل الحاكم ذلك فإن التسعير لا يكون فيه مظلمة، بل يكون فيه الخير والمصلحة للناس.

---

(١) انظر : المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٩، وراجع أيضاً فى ذلك: الطرق الحكمية لابن القيم صـ ٢٥٨، تكملة المجموع جـ ١٢ صـ ١١٦.

ما يتعلق به التسعير من المبيعات:

ذكر ابن حبيب : أن التسعير يختص بالمكيل والموزون دون غيره فلا يمكن تسعيره.

وجه ذلك: أن المكيل والموزون مما يرجع إلى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد، وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه إلى المثل وإنما يرجع فيه إلى القيمة ويكثر اختلاف الأغراض في أعيانه فلما لم يكن متماثلاً لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد[1].

وعند الحنفية التسعير يكون فى القوتين لا غير، لكن إذا تعدى أرباب غير القوتين وظلموا على العامة فيسعر عليهم الحاكم وهذا بناء على ما قال أبو يوسف: من أن كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار.

وإن قيل: إن هذا فى الاحتكار لا فى التسعير.

فإنه يجاب عن ذلك: بأن حكم التسعير فى ذلك يؤخذ منه قياساً أو استنباطاً بطريق المفهوم[2].

وعند الشافعية فى الوجه الذى يجوز فيه التسعير: أنه يكون فى الأطعمة ويلحق بها علف الدواب على الأصح[3].

<u>والذى أختاره فى ذلك</u>: أن التسعير يكون فى القوتين وغيرهما رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم.

---

(١) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٨.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٦ صـ ٧٢٠.

(٣) روضة الطالبين للنووى جـ٣ صـ ١٣١.

حكم البيع مع مخالفة التسعير:

ثبت لنا مما سبق ــ بحسب ما رجحناه ــ أن الحاكم يجوز له التسعير فى القوتين وغيرهما، وإذا فعل ذلك، وخالف أحد التجار وباع بأكثر من الذى سعره، أجازه القاضى عند الحنفية، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر، وفى إبطال بيعه حجر عليه، وكذا هو الظاهر عند محمد بن الحسن وأبى يوسف؛ لأنهما وإن رأيا الحجر، ولكن على حر معين أو قوم بأعيانهم، أما على قوم مجهولين فلا، وهاهنا كذلك[١].

وعند المالكية : يمنع الناس من البيع بغير السعر الذى يحدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة للبائع والمشترى، ومن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق[٢]. وعند الشافعية: إذا سعر الإمام عليه فخالف استحق التعزير، وفى صحة البيع وجهان، والأصح : صحة البيع[٣].

وعند الحنابلة : من باع مخالفا للتسعير فبيعه صحيح[٤].

وبذلك يتبين لنا أن الصحيح هو القول بصحة البيع ويعزر من يخالف ذلك.

---

(١) البناية جـ ٩ صت ٣٥٠، وما بعدها.

(٢) المنتقى للباجى جـ ٥ صـ ١٨، وما بعدها.

(٣) روضة الطالبين للنووى جـ ٣ صـ ١٣١.

(٤) المبدع لابن مفلح جـ ٤ صـ ٤٧.

المبحث الثالث

بيع مال المحتكر جبرا عليه

من الوسائل التى يتخذها الحاكم لمعالجة الاحتكار ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية ـ ما عدا أبى حنيفة فى قول ـ من بيع مال المحتكر جبراً عليه.

فعند الحنفية: يؤمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله إزالة للظلم، ولكن هل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه؟

فعند أبى حنيفة: لا يجبر المحتكر على البيع، وعندهما: يجبر عليه، وهذا بناء على أن الإمام لا يرى الحجر على الحر، وهما يريانه.

وقيل : يبيع بالاتفاق وهذا اختيار القدورى؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك[1].

وعند المالكية: إن كان بالناس حاجة إلى الطعام ولم يوجد عند غير المحتكر فإنه يجبر على البيع بسعر الوقت، وذلك لرفع الضرر عن الناس؛ ولأنه إنما أبيح لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة[2].

وعند الشافعية: يجبر من عنده زائد عن كفايته ومؤنه سنة على البيع فى زمن الضرورة، فإن امتنع المحتكر عن البيع باع عليه الحاكم،

---

(١) البناية جـ ٩ صـ ٣٥١، وما بعدها ، تكملة البحر الرائق جـ٨ صـ ٣٧١، بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣.

(٢) المنتقى جـ ٥ صـ ١٧، شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٣ صـ ٢٩٩، ط دار المعرفة بيروت لبنان.

والذى يجيزه على ذلك القاضى[1].

والحنابلة يذهبون إلى ذلك أيضاً حيث يجبر المحتكر عندهم على البيع كما يبيع الناس دفعا للضرر[2].

وقال الشوكانى فى السيل الجرار: إن المحتكر يكلف بالبيع؛ لأنه فاعل لما هو من محرمات الشريعة، ولا يجوز ترك المسلمين يتلهفون من الجوع صيانة لهذا المحتكر الخاطئ الضار للمسلمين ولهذا عاقبه أمير المؤمنين على ﷺ عنه بتحريق طعامه[3].

وبهذا يتبين لنا أن المحتكر يجبر عل البيع؛ لأن هذا هو الذى ينقض قصده وفعله المحرم، ولا يقف الأمر عند حد إجبار المحتكر على البيع، بل للحاكم إذا خاف الهلاك أن يأخذ المال من المحتكرين ويرد عليهم مثله أو قيمته عند زوال الحاجة؛ لأنهم اضطروا إليه ، ومن اضطر إلى مال الغير فى مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان[4] لقوله تعالى: ﴿ **فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فإن الله غفور رحيم** ﴾ [5].

(١) نهاية المحتاج للرملى وحاشية أبى الضياء الشبراملسى عليه جـ ٣ صـ ٤٧٢.

(٢) كشاف القناع جـ ٣ صـ ١٨٨، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف .

(٣) السيل الجرار جـ ٣ صـ ٨٥ للمرادى جـ ٤ صـ ٣٣٩.

(٤) بدائع الصنائع جـ ٥ صـ ١٩٣، المبدع جـ ٤ صـ ٤٨.

(٥) سورة المائدة من الآية : رقم ٣

المبحث الرابع

العقوبة الشرعية للمحتكر

إن الوعيد الوارد فى الأحاديث التى تنهى عن الاحتكار قد لا يردع الكثير ممن استحوذ عليهم الشيطان، وقد لا تكفى الوسائل السابقة لعلاج هذه الظاهرة من جذورها، فهل يصح توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر تأديبياً له وزجراً لأمثاله؟

من المعلوم أن العقوبة فى الفقه الإسلامى تكون على كل فعل محرم أو على ترك واجب، ولقد قسم الفقهاء العقوبات إلى ثلاثة أقسام:

١- الحدود : وهى العقوبات المقدرة والتى تجب حقا لله تعالى.

٢- القصاص أو الدية: وهى عقوبات الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب.

٣- التعزير: وهى العقوبات غير المقدرة والتى تجب حقا لله تعالى أو للعبد، وهى تهدف إلى تأديب الجانى ومنعه عن معاودة الفعل المحرم الذى عوقب عليه.

وهذا النوع الأخير من العقوبات هو الذى يطبق على جرائم المعاملات كالغش، والاحتكار، وخيانة الأمانة ونحو ذلك؛ لأنه ليس هناك فعل محرم، ولا يخضع فاعله للعقاب، كما أنه لا يجوز ترك المحرمات للضمير الفردى والالتزام الشخصى وإلا لاستهان بها الناس، ومن ثم فإنه يجوز توقيع عقوبة تعزيرية على المحتكر.

ويمكن أن نستند فى ذلك إلى قوله تعالى : ﴿ **وجزاء سيئة سيئة مثلها** ﴾ [1].

فهذه الآية عامة فى كل الأفعال السيئة، ومن احتكر الطعام أو غيره مما يحتاجه الناس بقصد التحكم فى السعر فقد فعل سيئة، فيجب أن يجازى عليها بعقوبة مماثلة أو مناسبة لها.

كما روى عن سيدنا على بن أبى طالب ﷺ أنه كتب إلى الأشير النخعى لما ولاه على مصر يأمره بما نصه " .. .. واعلم مع ذلك أن فى كثير منهم ـ أى التجار وذوى الصناعات ـ ضيقاً فاحشاً وشحاً قبيحاً واحتكاراً للمنافع وتحكما فى البياعات، وذلك باب مضرة للعامة وعيب على الولاة، فامنع من الاحتكار فإن رسول الله ﷺ منع منه، وليكن البيع بيعاً سمحاً بموازين عدل وأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل به وعاقبه فى غير إسراف "[2].

ولقد نص على هذا الحكم كثير من الفقهاء فقد جاء فى البدائع للكاسانى: " يتعلق بالاحتكار أحكام منها: الحرمة .. ومنها: أن يؤمر المحتكر بالبيع، فإن لم يفعل وأصر على الاحتكار، ورفع إلى الإمام مرة أخرى وهو مصر عليه فإن الإمام يعظه ويهدده، فإن لم يفعل ورفع إليه مرة ثالثة يحبسه ويعزره زجراً له عن سوء صنعه"[3].

---

(١) سورة الشورى من الآية: ٤٠.

(٢) نهج للبلاغة وهو جمع السيد المرتضى من كلام أمير المؤمنين على بن أبى طالب جـ ٢ صـ ٦١، المطبعة الأدبية بيروت ـ ١٨٨٥م.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ صـ ١٩٣، وراجع أيضاً الاختيار جـ ٢ صـ ١٧٢.

وجاء فى البحر الزخار: " ويجبر على البيع ولا يباع عنه فإن تمرد فالحاكم يبيع له ويعزر المحتكر لعصيانه"[1].

وقال ابن تيمية عن مرتكبى المعاصى التى ليس فيها حد مقدر ولا كفارة : " فهؤلاء يعاقبون تعزيرا وتنكيلا وتأديبا بقدر ما يراه الوالى على حسب كثرة الذنب فى الناس وقلته، وليس لأقل التعزير حد، بل هو بكل ما فيه إيلام للإنسان من قول وفعل فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه .. وقد يعزر بالحبس... وكذلك قد يعزر بالضرب.. .. "[2].

والسؤال الآن : ما هو موقف الفقه الإسلامى من إمكان تطبيق عقوبة الغرامة المالية على الجرائم التعزيرية ومنها الاحتكار؟

من المعروف أن الغرامة المالية تعتبر من العقوبات التعزيرية فى بعض الجرائم ومن ذلك تعزير الممتنع عن أداء الزكاة عند بعض الفقهاء، يأخذ شطر ماله عزمة من عزمات الله تبارك وتعالى [3].

---

(١) البحر الزخار جـ ٤ صـ ٣١٩ وما بعدها.

(٢) السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية لابن تيمية صـ ٦٢ وما بعدها المطبعة السلفية ومكتبتها.

(٣) هذا هو المروى عن الإمام الشافعى فى القديم، وإسحاق بن راهويه، وأبو بكر عبد العزيز، والإمام يحيى والهادويه،

والقول الجديد للشافعى وهو رأى الجمهور أيضا أنه لا يؤخذ من الممتنع إلا الزكاة لا غير.

لمزيد من التفصيل فى ذلك راجع: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٢ صـ ٣٣٩وما بعدها، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ١ صـ ٥٠٣، المهذب جـ ١ صـ ١٤٨، المغنى والشرح الكبير جـ ٣ صـ ١٩، وما بعدها، نيل الأوطار جـ ٤ صـ ١٤٧، وما بعدها.

وذلك لما روى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول: " فى كل إبل سائمة فى كل أربعين ابنة لبون لا تفرق إبل عن حسابها، من أعطاها مؤتجرا فله أجرها، ومن منعها فإنا آخذوها، وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى لا يحل لآل محمد منها شئ"[1].

وقد قيل : إن هذا كان فى أول الإسلام ثم نسخ، ولكن لا دليل على النسخ ولا يثبت بالاحتمال.

وقيل أيضا: إن الحديث ضعيف، لضعف راوى الحديث بهز بن حكيم.

ويرد على ذلك: بأن الحاكم قد صحح هذا الحديث، ووثقه واحتج به أحمد وروى عن أبى داود أنه حجة عنده[2].

وقال ابن القيم فى شرح سنن أبى داود بعد أن ذكر كلام العلماء عن بهز وتصحيح أحمد وإسحاق وعلى بن المدينى لحديثه: " وليس لمن رد هذا الحديث حجة، ودعوى نسخه دعوة باطلة، إذ هى دعوى ما لا دليل عليه، وفى ثبوت شرعية العقوبات المالية عدة أحاديث عن النبى ﷺ لم يثبت نسخها بحجة وعمل بها الخلفاء بعده[3].

---

(١) الحديث: أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى والحاكم والبيهقى .

انظر : سن أبى داود جـ ٢ صـ ١١١، سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى جـ ٥ صـ ١٥ - ١٧، نيل الأوطار جـ ٤ صـ ١٤٦.

(٢) نيل الأوطار جـ ٤ صـ ١٤٧.

(٣) انظر : شرح ابن القيم الجوزية لسنن أبى داود مطبوع بهامش عون المعبود جـ ٤ صـ ٢٥٦، ط دار الفكر.

هذا ولم أقف على نص لفقهاء المذاهب يقرر جواز توقيه غرامة مالية على المحتكر.

ولا يوجد في تقديرنا ما يمنع من توقيع هذه الغرامة، وذلك قطعا لذرائع الفساد من المحتكرين ولا سيما وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ وأصحابه بذلك في مواضع كثيرة كما أورد ذلك ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية [1].

وبدون تلك العقوبات المالية وغيرها من العقوبة التعزيرية لن يقف مسلسل الاحتكار فهل إلى خروج من سبيل قبل أن يفلت الزمام ويستعلى الخطر؟!.

(١) انظر هذه المواضع فى الطرق الحكمية لابن القيم صـ ٢٦٦، وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن تناولنا بالبحث هذا الموضوع فإننا نستنتج مما سبق بناء على ما رجحناه النتائج التالية:

١- أن الاحتكار محرم لما فيه من التضييق على الناس ورفع الأسعار عليهم.

٢- أن الاحتكار يكون فى كل ما تدعو إليه الحاجة والضرورة ويتضرر الناس من حبسه فيشمل الطعام والدواء والمسكن والملبس ومواد البناء والوقود وغير ذلك مما يحتاجه الناس.

٣- أن الطعام الذى يحرم احتكاره لا يقتصر على الحنطة والشعير والتمر بل يشمل كل ما يؤكل من طعام وإدام.

٤- أن الوقت الذى يحرم فيه الاحتكار هو وقت الضرورة والشدة وأما وقت الرخاء والسعة فلا يمنع فيها من احتكار شئ من الأشياء لعدم الضرر فى ذلك.

٥- أن من جلب شيئا أو حبس من غلته شيئا لا يكون محتكرا إلا أن الأولى والأفضل أن لا يفعل ذلك؛ لأن هذا الحبس قد يترتب عليه ضرر بالمسلمين وخاصة فى وقت الضيق والشدة.

٦- أن الاحتكار الآثم هو الذى يكون القصد منه اغلاء السعر على الناس فالتاجر الذى لديه مخزون من السلعة قبل الأزمة ولم يقصد التحكم فى السعر لا يعتبر محتكرا.

٧- أن قليل مدة الحبس وكثيرها سواء فى حق الحرمة، لتحقق الضرر.

٨- أن ما يدخره الإنسان لتأمين حاجات نفسه وعياله لا يعتبر احتكارا، إذ أنه قد ثبت عن النبى ﷺ أنه قد حبس لأهله قوت سنتهم، والتقييد بالسنة إنما جاء لضرورة الواقع وعليه فيجوز الإدخار لأكثر من ذلك.

٩- أن من ادخر شيئا من الأقوات الضرورية لنفسه ولعياله ولم يكن محتاجا إليه حالا واضطر إليه أحد غيره لزمه بذله للمضطر بقيمته.

١٠- أن الإسلام عالج الاحتكار بعدة وسائل منها: أن الإسلام قد حرم الاحتكار، وتوعد عليه بالعذاب الأليم فى الدنيا والآخرة، ورغب بشدة فى جلب السلع والبضائع حتى تختفى الأزمة من الأسواق، ولذلك وجب على الدولة فى وقت الضيق والشدة أن تفتح باب الجلب أو الاستيراد؛ لأنه ذريعة إلى التوسعة وما يؤدى به الواجب يكون واجبا.

١١- الوسيلة الثانية التى عالج بها الإسلام مشكلة الاحتكار هى التسعير وذلك بناء على ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من جواز التسعير إذا كان التجار يحتكرون على المسلمين ويتعدون بالقيمة تعديا فاحشا.

١٢- ومن الوسائل أيضا ما قرره أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية من أنه يجوز للحاكم أن يبيع مال المحتكر جبرا عليه، وليس هذا فحسب بل إذا خشى الهلاك فإنه يأمر بمصادرة أموال المحتكرين مع تعويضهم بالمثل أو القيمة.

١٣- أن الإسلام لم يكتفى بالوسائل السابقة لعلاج مشكلة الاحتكار بـــل أجاز للحاكم أن يوقع عقوبة تعزيرية على المحتكر بالحبس ونحـــوه تأديبا له وزجرا لأمثاله، وليس هذا فحسب بل يجوز له أن يوقع عليه غرامة مالية قطعا لذرائع الفساد من المحتكرين.

وأخيرا فإنى أدعو الله ﷻ فى ختام هذا البحث أن يوفـــق حكـــام المسلمين فى النظر إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام ففيها العلاج الحاسم لكل مشكلات المجتمـــع والله الـــهادى إلـــى الصراط المستقيم .

د./ جمال محمد يوسف

مراجع البحث

أولا: القرآن الكريم وعلومه:

١- تفسير القرآن العظيم ـ للحافظ أبى الفداء إسماعيل بن كثير القرشى المتوفى سنة ٧٧٤ هـ ط عيسى البابى الحلبى .

٢- الجامع لأحكام القرآن الكريم ـ للإمام القرطبى المتوفى سنة ٧٧٤ هـ. ط دار الحديث.

ثانيا: كتب الأحاديث النبوية الشريفة:

١- تلخيص المستدرك ـ للإمام الحافظ الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ ط دار المعرفة ـ بيروت لبنان .

٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام للعلامة الصنعانى المتوفى سنة ١١٨٢ هـ . ط دار الحديث.

٣- سنن أبى داود للإمام الحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ـ مطبعة دار إحياء السنة النبوية .

٤- سنن الترمذى (الجامع الصحيح) : للإمام أبى عيسى محمد بن عيسى الترمذى المتوفى سنة ٢٧٩ هـ ط دار الفكر.

٥- سنن النسائى ـ للإمام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب المتوفى سنة ٢٠٣ هـ. بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى ـ ط دار الحديث.

٦- سنن ابن ماجة للحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المتوفى سنة ٢٧٠ هـ. ط دار الحديث.

٧- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ . ط دار المعرفة بيروت ـ لبنان.

٨- شرح النووى على صحيح مسلم للإمام النووى المتوفى ٦٧٦ هـ ط دار الحديث.

٩- شرح ابن قيم الجوزية لسنن أبى داود بهامش عون المعبود ط ـ دار الفكر.

١٠- فتح البارى شرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ط دار الغد العربى.

١١- فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوى ط دار الفكر.

١٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـ.

١٣- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى المتوفى سنة ٤٠٥ هـ ط دار المعرفة ـ بيروت لبنان.

١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ١٧٩ هـ ط دار إحياء الكتب العربية عيس البابى الحلبى .

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمام الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ دار الحديث.

ثالثا: كتب اللغة:

١- لسان العرب للعالم الجليل جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكـــرم ابن منظور الأنصارى المتوفى سنة ٧١١ هـ ـ ط دار المعارف.

٢- مختار الصحاح تأليف محمد بن أبى بكـر عبـد القـادر الـرازى المتوفى سنة ٦٦٦ هـ ـ مكتبة لنبان ١٩٨٨م.

٣- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى تأليف العلامـة الشيخ أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى المتوفـى سـنة ٧٧٠ هـ ـ ط ـ دار المعارف تحقيق د./ عبد العظيم الشناوى.

٤- معجم مقاييس اللغة لابن فارس ـ ط دار الجيل.

٥- المعجم الوجيز ـ مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٩٩٢م.

رابعا: كتب أصول الفقه:

١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بـن محمد الشوكانى ـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى.

٢- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ط ـ دار الفكر العربى.

٣- التلويح على التوضيح تأليف سعد الدين مسعود بن عمر التفتـازانى ـ ط محمد على صبيح.

٤- المستصفى من علم الأصول للإمـام الغزالـى ـ ط دار الكتـب العلمية ـ بيروت لبنان.

خامسا: كتب الفقه:

الفقه الحنفي:

١- الاختيار لتعليل المختار تأليف عبد الله بن محمد بن مودود الموصلي ط ـ دار المعرفة بيروت ـ لبنان.

٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ـ ط دار المعرفة بيروت ـ لبنان.

٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني المتوفي سنة ٥٨٧ هـ مطبعي دار الفكر.

٤- بدر المتقي في شرح الملتقى ـ بهامش مجمع الأنهر ط دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .

٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ تأليف فخر الدين عثمان بن على الزيلعي ـ المتوفي سنة ٧٤٣ هـ ط دار المعرفة بيروت لبنان.

٦- تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام العلامة الشيخ محمد ابن حسين بن على الطوري القادري المتوفي سنة ١١٣٨ هـ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت لبنان.

٧- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للشيخ المحقق محمد أمين ابن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين ط دار الفكر.

٨- حاشية قرة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار على الدر المختار) لمحمد علاء الدين أفندي نجل ابن عابدين ـ ط دار الفكر.

٩- حاشية سعد جلبي بهامش فتح القدير ط دار الفكر.

١٠- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لمحمد علاء الدين الحصكفي مطبوع مع حاشية ابن عابدين.

١١- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر تأليف الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى ـ ط دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

١٢- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زادة وهي تكملة فتح القدير ـ ط دار الفكر.

١٣- الهداية شرح بداية المبتدى لبرهان الدين أبي الحسن على بن أبي بكر الميرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ مطبوع مع شرح فتح القدير.

الفقه المالكي:

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ـ ط دار الفكر.

٢- التاج والإكليل لمختصر خليل : تأليف أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم الشهير بالمواق مطبوع بهامش مواهب الجليل.

٣- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ط ـ دار الفكر بيروت لبنان.

٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .

٥- حاشية المدني على كنون بهامش حاشية الإمام الرهوني .

٦- الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير بهامش حاشية الدسوقى .

٧- شرح العلامة الشيخ أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن على الخرشى على مختصر خليل ط ـ دار الفكر.

٨- شرح الزرقانى على الموطأ ـ ط دار المعرفة بيروت لبنان.

٩- قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن أحمد بن جزى ط دار الفكر.

١٠- المنتقى شرح الموطأ : لأبى الوليد الباجى ـ ط دار الفكر العربى.

١١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ط دار الفكر.

الفقه الشافعي :

١- تكملة المجموع شرح المهذب تأليف : محمد نجيب المطيعى ـ مكتبة الارشاد جدة ـ المملكة العربية السعودية.

٢- حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج لأبى الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى ـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى.

٣- الحاوى الكبير وهو شرح مختصر المزنى تأليف : أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى ـ ط دار الكتب العلمية بيروت.

٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام أبى زكريا النووى ط ـ دار الفكر.

٥- شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين مطبوع بهامش قليوبى وعميرة.

٦- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج : تأليف محمد الشربينى الخطيب ـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

٧- المهذب فى فقه مذهب الإمام الشافعى للإمام أبى إسحاق الشيرازى ـ ط مصطفى البابى الحلبى .

٨- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج تأليف : شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى ـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

الفقه الحنبلى:

١- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرادى .

٢- الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن قدامة مطبوع مع المغنى ـ ط دار الغد العربى.

٣- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى ـ ط دار الفكر.

٤- كشاف القناع عن متن الاقناع تأليف منصور بن إدريس البهوتى ـ ط دار الفكر.

٥- المبدع فى شرح المقنع تأليف أبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد عبد الله بن محمد بن مفلح ـ مطبعة المكتب الإسلامى .

٦- المغنى : تأليف الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبى محمد بن أبى عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ـ ط دار الغد العربى .

الفقه الظاهري:

١- المحلى بالآثار لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم مطبعة دار الفكر.

الفقه الزيدي :

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ــ للإمام المهدى أحمد بن حيى بن المرتضى الناشر دار الكتاب الإسلامى القاهرة .

٢- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للعلامة شرف الدين الحسين ابن أحمد بن الحسين الصنعانى ــ مطبعة دار الجيل بيروت لبنان.

٣- السيل الجرار المتفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن على الشوكانى ــ ط وزارة الأوقاف تحقيق محمود إبراهيم زايد ومحمود أمين النواوى.

الفقه الإمامي:

١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام تأليف شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد بن حسن النجفى ط دار إحياء التراث العربى ــ بيروت ــ لبنان.

٢- المختصر النافع فى فقه الإمامية للشيخ أبى القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلى ــ طبعة وزارة الأوقاف الطبعة الثانية.

الفقه الإباضي:

١- شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف الإمام العلامة محمد بن يوسف أطفيش مكتبة الإرشاد جدة.

السياسة الشرعية :

١- السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية ــ المطبعة السلفية ومكتبتها.

٢- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ــ ط ــ دار الكتب العلمية .

الدراسات الإسلامية العامة:

١- إحياء علوم الدين للإمام أبى حامد الغزالى ط دار الصابونى.

٢- مبادئ الاقتصادى الإسلامى والاقتصاد الوضعى د. / ربيع محمد الروبى ــ ط مكتب إتش للآلات الكاتبة وطباعة الأوفست ــ القاهرة.

٣- من توجيهات الإسلام للشيخ محمود شلتوت.

٤- نهج البلاغة وهو جمع السيد المرتضى من كلام أمير المؤمنين على بن أبى طالب ــ كرم الله وجهه ــ ط المكتبة الأدبية ١٨٨٥م.



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

بحث
في
أحكام العقيقة في ضوء الفقه الإسلامي

إعداد

دكتور

أشرف محمود محمد الخطيب

المدرس بقسم / الفقه العام

بكلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف (دقهلية)





مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى ، له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله " **يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولاتموتن إلا وأنتم مسلمون** " [١] " **يا أيها الذين آمنوا اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً** "[٢] " **يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً** " [٣] " **سبحانك لاعلم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم** " [٤]

سبحانك اللهم خير معلم ... علمت بالقلم القرون الأولى
أخرجت هذا العقل من ظلماته ... وهديته النور المبين سبيلاً
أرسلت بالتوراة موسى هادياً ... وابن البتول فعلم الانجيلا
وفجرت ينبوع البيان محمداً ... فسقى الحديث وناول التنزيلا[٥]

---

[١] الآية : ١٠٢ من سورة آل عمران .

[٢] الآية : ١ من سورة النساء .

[٣] الآيتان : ٧٠ - ٧١ من سورة الأحزاب .

[٤] جزء من الآية ٣٢ من سورة البقرة . ٢

[٥] الأبيات من قصيدة لأمير الشعراء أحمد شوقى مطلعها : قم للمعلم وفه التبجيلا ، انظر : الشوقيات : جـ١ صـ١٨٠ .

أما بعد :

فإن الله (سبحانه وتعالى) كما يقول العلامة ابن القيم فى مقدمة كتابه البديع تحفة المودود بأحكام المولود [١] : نوع أحكامه على الإنسان من حين خروجه إلى هذه الدار إلى حين يستقر فى هذا القرار ، وقبل ذلك وهو فى الظلمات الثلاث كانت أحكامه القدرية جارية عليه ومنتهية إليه ، فلما انفصل عن أمه تعلقت به أحكامه الأمرية ، وكان المخاطب بها الأبويين ، أو من يقوم مقامهما فى تربيته والقيام عليه فلله سبحانه فيه أحكام أمر قيمه بها ما دام تحت كفالته فهو المطالب بها دونه حتى إذا بلغ حد التكليف تعلقت به الأحكام وجرت عليه الأقلام وحكم له بأحكام أهل الكفر وأهل الإسلام ولعل من أهم هذه الأحكام التى أمر الله بها قيمه على لسان رسوله ﷺ بعد ولادته : العقيقة عنه ، وهى الذبيحة التى تذبح عنه يوم سابع ولادته ، حيث قال النبى ﷺ " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دماً ، وأميطوا عنه الأذى [٢] وقد شرعت العقيقة لحكمة جليلة : وهى وجوب شكر الله على نعمة الولد ، كما أنها شرعت لتفك رهان المولود حيث إنه مرتهن بعقيقته كما قال النبى ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم السابع ، ويسمى ويحلق رأسه [٣] ومن فوائدها : أنها قربان يقرب به عن المولود فى أول أوقات خروجه إلى الدنيا ، والمولود

---

[١] صـ٣ .

[٢] أخرجه البخارى فى صحيحه عن سليمان بن عامر الضبى : جـ٢٠ صـ٢٧٩ – ٢٩٨ ، ط : مكتبة القاهرة .

[٣] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ ٤ صـ ١٠١ برقم ١٥٢٢ ، ط : دار الحديث

والمولود ينتفع بذلك غاية الانتفاع ، كما ينتفع بالدعاء له وإحضاره مواضع المناسك والإحرام عنه ، وغير ذلك .

ومع هذه الأهمية التى يشغلها ٢هذا الموضوع إلا أننا نجد كثيراً من الناس حينما يمن الله عليهم بنعمة الولد لايهتمون بهذه السنة ولايحرصون على التمسك بها إما لعدم علمهم بها كما هو الحال والشأن بالنسبة لكثير من الناس ، أو لأنهم ينفقون أموالهم بعد ولادة المولود فيما لافائدة فيه ولا منفعة منه ومن ثم فإننى أردت عن طريق هذا البحث أن أحث المسلمين على التمسك بهذه السنة ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً وأن أجلى أحكام العقيقة فى صورة مبسطة لاغموض فيها ولاتعقيد حتى يكون الناس على بينة من أمر دينهم .

هذا وقد جعلت للبحث خطة فسمتها إلى مقدمة ، وثمانية مباحث وخاتمة .

فأما المقدمة : فتشتمل على أهمية البحث ، وسبب اختيارى له .

وأما المبحث الأول : فهو بعنوان :تعريف العقيقة ، ويشتمل على مطلبين.

المطلب الأول : فى معنى العقيقة واشتقاقها .

المطلب الثانى : فى حكم تسميتها عقيقة .

وأما المبحث الثانى : فهو بعنوان حكم العقيقة وفضلها .

وأما المبحث الثالث:فهو بعنوان : المقدار الذى يعق به عن الذكر والأنثى

وأما المبحث الرابع : فهو بعنوان : مايجزئ فى العقيقة من النعم .

وأما المبحث الخامس : فهو بعنوان : وقت العقيقة .

وأما المبحث السادس : فهو بعنوان : مصرف العقيقة .

وأما المبحث الثامن : فهو بعنوان : مستحبات العقيقة ، ومكروهاتها .

وأما الخاتمة : فتشتمل على بيان أهم النتائج التى توصلت إليها فى هـــذا البحث ، وتوصياتى فيه .

المبحث الأول : تعريف العقيقة

ويشتمل على مطلبين

المطلب الأول : فى معنى العقيقة واشتقاقها

حرى بمن يتكلم عن العقيقة وما يتعلق بها من أحكام فى ضوء الفقه الإسلامى أن يتعرف أولا على مدلول هذا المصطلح ، وذلك حتى يتسنى للقارئ أن يكون على بينة من الأصل قبل الخوض فى التفاصيل والأحكام فأقول وبالله التوفيق :

العقيقة لغة : اسم لما يذبح عن المولود [1]

وقد اختلف أهل اللغة فى اشتقاقها على قولين :

القول الأول : وبه قال : أبو عبيد ، والأصمعى ، ومال إليه الزمخشرى وهو أن العقيقة أصلها صوف الجذع وشعر كل مولود من الناس والبهائم الذى تولد عليه وبه سميت الشاه التى تذبح عن المولود يوم أسبوعه عقيقة لأنه يزال عنه الشعر يومئذ فسميت باسم سببها جريا على عادة العرب فى تسمية الشئ باسم سببه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وصارت الحقيقة مغمورة فيه فلا يفهم من العقيقة عند الإطلاق إلا الذبيحة [2]

---

[1] مختار الصحاح للرازى : صـ ٤٤٦ ط الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، المعجم الوجيز : ص ٤٢٨ صادر من مجمع اللغة العربية .

[2] فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر: جـ ٢٠ صـ ٢٩١ط مكتبة القاهرة ، النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطال الركبى : جـ١ ص ٣٢١ط مصطفى الحلبى ، المغنى لابن قدامه : جـ١١ص ١١٩ط : دار الكتب العلمية ، المحلى لابن حزم جـ٧ صـ٥٢٣ ط مكتبة التراث ، تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم : صـ٢٥ – ٢٦ ط : المكتبة القيمة .

القول الثانى : وبه قال الإمام أحمد ، ورجحه ابن عبد البر وغيره وهو أن العقيقة مأخوذه من العق وهو الشق والقطع ، وقد سميت بذلك أى سميت الذبيحة عقيقة - لأنها تعق مذابحها - أى تشق وتقطع .[١]

وقد احتج بعض المتأخرين لما قاله الإمام أحمد فى هذا الصدد ، وقال : إن ما ذكره الإمام معروف عند أهل اللغة ، لأنه يقال عق إذا قطع ، ومنه عق الولد والديه إذا قطعهما ، وقول الشاعر :

بلاد بها عق الشباب تمائمى   وأول أرض مس جلدى ترابها[٢]

يريد الشاعر أن يقول : إنه لما شب قطعت عنه تمائمه .

وبالنظر إلى هذين القولين نستطيع القول : بأنه لامانع من أن تكون العقيقة مشتقة من الأمرين معا ، لاسيما وأن اللغة العربية تتميز بكونها غنية فى ألفاظها ومعانيها

والآن وبعد أن فرغت من الحديث عن تعريف العقيقة واشتقاقها عند علماء اللغة أنتقل إلى تعريفها شرعا فأقول وبالله التوفيق :

العقيقة شرعا : هى الذبيحة التى تذبح عن المولود

وقيل هى : الطعام الذى يصنع ويدعى إليه من أجل المولود [٣]

وعرفها الإمام الدردير بقوله العقيقة : ما تذبح من النعم فى سابع ولادة المولود [٤] ويعترض على التعريف الأول ، والثانى بأنهما غير جامعين لمعنى العقيقة من وجهين :

---

[١] المراجع السابقة .

[٢] المراجع السابقة .

[٣] المغنى لابن قدامة : جـ ١١ صـ ١١٩ .

[٤] الشرح الصغير للدردير : جـ ٢ صـ ٩٦ ط : الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية .

الوجه الأول : أن العقيقة لاتكون بأى طعام بصنع ، ولابأى نبيحة تذبح وإنما لابد أن تكون من النعم ومن ثم فإن التعريف يكون غير جامع لمعنى العقيقة من جهة عدم تضمنه ذلك .

الوجه الثانى : أن التعريف لم يتضمن بيان الوقت الذى يستحب فيه ذبح العقيقة وكان جديرا بالمعرف أن يذكر ذلك فى التعريف حتى يكون التعريف جامعا مانعا ومن هنا فإننى أرى أن التعريف الثالث هو تعريف جامع لمعنى العقيقة ، لأن صاحب التعريف – وهو الإمام الدردير – جمع فيه بين تعريف العقيقة ، وبيان جنسها ووقتها .

المطلب الثانى

حكم تسميتها عقيقة

اختلف الفقهاء فى حكم تسمية العقيقة باسمها المتعارف عليه عند العرب قديما وحديثا والسبب فى اختلافهم كما يقول العلامة ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد ونهاية المتقصد [1] : معارضة حديث عمرو بن شعيب الذى رواه عن أبيه عن جده وفيه أن النبى ﷺ قال حينما سئل عن العقيقة ؟ " لاأحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعلى "[2] لحديث سمرة بن جندب الذى قال فيه النبى ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته"[3] ووجه الاختلاف بين الحديثين كما هو ظاهر لنا : أن الحديث الأول يدل على أن النبى ﷺ كره هذا الاسم والسبب فى هذا واضح :

---

[1] جـ١ صـ٤٦٢ – ٤٦٣ ، ط مصطفى الحلبى

[2] أخرجه الإمام مالك فى الموطأ : جـ٢ صـ ٤٥ ، مع شرحه تنوير الحوالك ، ط : عيسى الحلبى .

[3] سبق تخريجه .

وهو أن العقيقة والعقوق يرجعان إلى أصل واحد وهو الشـق والقطـع ولما كان الأمر كذلك لذا فإن النبي ﷺ كرهه وقال : " لا أحب العقـوق " ثم قال " صلوات الله وسلامه عليه " : " من أحب منكم أن ينسـك عـن ولده فليفعل " إرشادا منه " صلوات الله وسلامه عليه " إلى العدول عـن الاسم الذى تستقبحه العقول ، وتنفر منه النفوس إلى الاسـم الـذى هـو أحسن منه والنفوس إليه أميل ، وكان النبي ﷺ شديد الاعتناء بذلك حتـى إنه ﷺ كان يغير الاسم القبيح بالحسن [1] ويترك الـنزول فـي الأرض القبيحة الاسم ، والمرور بين الجلبين القبيح اسمهما ، وكان يحب الاسـم الحسن والفأل الحسن . ويرى العلامة ابن القيم فى كتابه تحفة المودود[2] وهو بصدد الحديث عن معنى العقيقة واشتقاقها : أنه بين الاسم والمسمى علاقة ورابطة تناسبه ، وقل ما يختلف ذلك فالألفاظ قوالـب للمعـانى ، والأسماء قوالب للمسميات .

وقل إن أبصرت عيناك ذا لقب   إلا معناه إن فكرت فى لقبه

فقبح الاسم عنوان قبح المسمى ، كما أن قبح الوجه عنوان قبـح الباطن ومن ثم فإنه لما كان بين العقيقة والعقوق تناسب وتشابه من حيث إن كلا منهما يرجع إلى أصل واحد لذا فقد ذهب بعض الفقهاء [3] وإلـى

---

[1] ومن ذلك أنه ﷺ سمى المنذر بن أسيد بهذا الاسم تفاؤلا أن يكون له علم ينذر به وكان أبوه قـد سماه اسما ليس مستحسنا . انظر فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجـر : جـ٢٢ صـ ٣٨٩ .

[2] صـ ٢٦ – ٢٧ .

[3] فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر : صـ٢٢ صـ ٣٨٩ ، نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٥، ط مكتبة الدعوة الإسلامية ، تحفة المودود لابن القيم صـ٢٨ – ٢٩ .

القول بكراهة تسميتها عقيقة ، وقد احتجوا على ذلك بقول النبـــى ﷺ "لا أحب العقوق " وهذا يدل على أمرين :

الأمر الأول : كراهة الاسم الذى كرهه النبى ﷺ

الأمر الثانى : وهو أن الأولى أن يقال لها : نسيكة أو ذبيحة ، ولايقـــال لها عقيقة .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول :

أن الحديث ليس فيه مايدل على التصريح بالكراهية ، إنما فيـــه كأنه كره الاسم ونظير هذا : اختلافهم فـــى تســـمية العشـــاء بالعتمـــة ، والتحقيق فى الموضعين كما يقول ابن القيم [1] : كراهـــة هجـــر الاســـم المشروع من العشاء والنسيكة واستبدالهما بالعقيقة والعتمة وأما إذا كـــان المستعمل هو الاسم الشرعى ولم يهجر وأطلق الاسم الآخر أحيانـــا فـــلا بأس بذلك ، وعلى هذا تتفق الأحاديث

فإن قيل : لكن الاسم المشروع قد هجر ، وأصبح المستعمل هو الاســـم الآخر .

قلنا : لابأس بذلك لأن العرف إذا تعارض مع الشرع ، ولم يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال [2]

---

[1] المرجع السابق : صـــ٢٩ .

[2] انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى : صـــ ٦٥ - ٦٦ فصل فى تعارض العرف مع الشرع ، وهو نوعان : أحدهمـــا - أن لايتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال كما لو حلف لايأكل لحما فإنه لا يحنـــث بالســـمك ، وإن سماه الله لحما . والثانى أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال ومن ثم فإنه لو حلف لا يصلى فإنه لايحنـــث إلا بذات الركوع والسجود ، أولا يصوم فإنه لا يحنث بمطلق الإمساك . انظر : صـــ ٦٦ المرجع السابق

الجواب الثانى : أن النبى ﷺ وإن كان يغير الاسم القبيح بالحسن إلا أنه ﷺ لم يجعل هذا على سبيل اللزوم ، وإنما جعله على سبيل الاختيار ، ومن ثم فإن المسلمين أجازوا أن يسمى الرجل القبيح بحسن والفاسد بصالح ، ويدل عليه : أن النبى ﷺ لم يلزم جد سعيد بن المسيب بتغيير اسمه لما امتنع من تحويل اسمه من حزن إلى سهيل ولو كان ذلك لازما لما أقره النبى ﷺ على قوله : لا أغير اسما سمانيه أبى وهذا يدل على عدم كراهية تسمية العقيقة باسمها ، ولهذا قال الإمام السيوطى : لاأعلم أحد من العلماء مال إلى ذلك أى القول بكراهية تسمية العقيقة باسمها المتعارف عليه ولا قال به وأظنهم تركوا العمل به لما صح عندهم فى غيره من الأحاديث من لفظ العقيقة [1]

٢- وقال طائفة أخرى من العلماء [2] : لايكره تسمية العقيقة باسمها المتعارف عليه ، وقد احتجوا على ذلك بحديثين :

الحديث الأول : حديث سمرة بن جندب ، وفيه أن النبى ﷺ قال : " الغلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم السابع ، ويسمى ، ويحلق رأسه "[3].

الحديث الثانى : حديث – سلمان عامر الضبى وفيه أن النبى ﷺ قال " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " [4]

---

[1] فتح البارى :صـ ٢٢ صـ ٣٨٩ ، تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطى : جـ٢ صـ٤٥ – ٤٦ مطبوع مع الموطأ ط عيسى الحلبى .

[2] فتح البارى : جـ٢٠ صـ٢٩٢ ، نيل الأوطار للشوكانى : صـ٥ صـ١٣٥ ، تحفة المودود : ص ٢٨ – ٢٩ .

[3] سبق تخريجه.

[4] سبق تخريجه :

ووجه الدلالة من هذين الحديثين على عدم كراهة تسمية العقيقة باسـمها : واضح جلى : وهو أن النبى ﷺ قد ذكر العقيقة بلفظها ومعناها ، وهـذا يدل على الإباحة لا الكراهة الأمر الذى يجعلنى أميل إلى القول القـائل : بعدم كراهة تسمية العقيقة باسمها ، ولاسيما وأن الفقهاء قد أفـردوا لـها باب فى كل الأمصار بهذا الاسم المتعارف عليه ولوكان الاسم مكروهـا لما ذكروها بهذا الاسم ، واستبدلوا بها لفظ النسيكة ، أو الذبيحة .

المبحث الثانى

حكم العقيقة وفضلها

تعرضت فى المبحث الذى سبق ذكره أنفا لبيان معنـــى العقيقـــة واستقاقها . والآن وبعد أن فرغت من بيان المعنيين اللغوى والاصلاحـى للعقيقة ، وحكم تسميتها عقيقة أنتقل إلى الحديث عن حكم العقيقة ، وبيـان فضلها وفوائدها . فأقول بادئ ذى بدء : اختلف الفقهاء فى حكم العقيقـــة على أربعة أقوال ، ويبدو أن السبب فى اختلافهم كما يقول العلامة ابـــن رشد [1] هو تعارض مفهوم الآثار فى هذا الباب الأمـــر الـــذى سـوف يجعلنى أبدأ بذكر هذه الأقوال منسوبة لأصحابها ، ثم أثنى بذكر الأدلـــة والمناقشة ، وأختتم هذا المبحث ببيان الرأى الراجـــح . فـــأقول وبـــالله التوفيق :

أولا : أقوال الفقهاء فى حكم العقيقة :

القول الأول : وهو أن العقيقة واجبة ، وهو قول : الظاهرية ، والحســـن البصرى ويترتب على هذا الحكم عندهم جبر الإنسان عليها وقـــد ذكـــر الإمام الشوكانى أن هذا القول قال به : الليث بن سعد وأبى الزناد ورواية عن الإمام أحمد [2] .

---

[1] بداية المجتهد لابن رشد : جـــ١ صـــ٤٦٢ .

[2] فتح البارى لابن حجر : جـــ٢ صـــ ٢٩٢ ، نيل الأوطار للشوكانى : جـــ ٥ ١٣٢ ، المحلى لابن حزم : جـــ٨ صـــ ٥٢٣ ، تحفة المودود : صـــ ٢٩ - ٣٠ .

القول الثاني: أنها سنة ، وهو قول : الجمهور منهم ابن عباس ، وابن عمر ، وعائشة ، وفقهاء التابعين ، وأئمة الأمصار إلا أصحاب الرأى[1].

القول الثالث: أنها مباحة ، وهو قول : الحنفية [2] .

القول الرابع: أنها مكروهة ، وهو قول ذكره الإمام الكاسانى فى بدائعه نقلا عن صاحب الجامع الصغير حيث قال : " وذكر فى الجامع الصغير ولايعق عن الغلام ولا عن الجارية وأنه أشار إلى الكراهة " [3] وبانتهاء قول صاحب البدائع أكون قد فرغت من ذكر أقوال الفقهاء فى حكم العقيقة ، وجاء الدور على ذكر أدلتهم وما قد يرد عليها من بعض المآخذ والمناقشات فأقول وبالله التوفيق .

ثانيا : الأدلة والمناقشة :

أولا : أدلة القائلين بوجوب العقيقة ،وكيفية استنباط الحكم منها:

استدل القائلون بوجوب العقيقة وهم الظاهرية ، ومن حذا حذوهم بالسنة ، والآثار .

فأما السنة ، فمنها [4]

قوله ﷺ " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " وهذا الحديث يدل على وجوب العقيقة من وجهين :

---

(1) المراجع السابقة وانظر : بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٢ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ صـ١٢٦ ط : عيسى الحلبى ، مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٢٥٥ ط : دار الفكر ، الانصاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠٠ ، ط : دار الكتاب .

(2) بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٦٩ ، ط : دار الكتب العلمية .

(3) المرجع السابق .

(4) سبق تخرجه .

الوجه الأول : قوله ﷺ فى الحديث " مع الغلام عقيقة " وهذا ليس إخبارا عن الواقع بل عن الواجب .

الوجه الثانى : أن النبى ﷺ أمر بها فى قوله " فأهريقوا عنه دما " والأمر للوجوب مالم توجد قرينة تصرفه عنه إلى غيره وليست هناك قرينة تصرفه عنه إلى غيره وبما أنه ليست هناك قرينه إذ يظل هذا الأمر يفيد الوجوب لاسيما وأن جماعة دخلوا على سيدتنا حفصة بنت عبد الرحمن فسألوها عن العقيقة فأخبرتهم أن عائشة (رضى الله عنها) أخبرتها أن رسول الله ﷺ " أمرهم عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة" [1] وهذا يدل على الوجوب لأن المعنى يجزئ عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان [2]

ويناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : أن الحديث ليس فيه مايدل على الوجوب لأنها لو كانت واجبة لكان وجوبها معلوما من الدين بالضرورة ولبين النبى ﷺ وجوبها للأمة بيانا عاما كافيا تقوم به الحجة وينقطع معه العذر لأن ذلك مما تدعو إليه الحاجة وتعم به البلوى .

الوجه الثانى : أن الأمر فى قوله ﷺ فأهريقوا عنه (دما) ليس للوجوب وإنما هو للندب نظرا لأن النبى ﷺ فوض ذلك إلى المحبة والاختيار وذلك فى قوله ﷺ " من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل " [3] وذلك يقتضى رفع الوجوب وصرف ما أشعر به إلى الندب [4]

---

[1] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ٩٦ – ٩٧ وقال عنه : حديث حسن صحيح .

[2] تحفة المودود لابن القيم : صـ٣٢ – ٣٣ .

[3] سلف تخريجه .

[4] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٥ ، تحفة المودود لابن القيم صـ٣٣ .

٢- قوله ﷺ " الغلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يــوم الســابع ، ويســمى ويحلق رأسه [١]

ووجه الدلالة من هذا الحديث على وجوب العقيقــة : أن العقيقــة لازمة لابد منها حيث إنه " ﷺ " شبه لزومها للمولود بلزوم الرهن فى يـد المرتهن [٢] .

ويجاب عن هذا :

بأن الحديث ليس فيه ما يدل على لزوم العقيقــة ، لأن قولــه ﷺ الغلام مرتهن بعقيقته إنما هو فى الشفاعة ، ومعناه : أنه محبــوس عــن الشفاعة فى أبويه ، وظاهرة الحديث يدل على أنه رهينة فى نفسه ممنوع محبوس عن خير يراد به ، ولايلزم من ذلك أن يعاقب على ذلك[٣]

وأما الآثار فمنها :

ما أخرجه ابن حزم عن بريده الأسلمى أنه كان يشبه العقيقة مــن حيث وجوبها بالصلاة ، ويقول إن الناس يعرضون يوم القيامــة علــى العقيقة كما يعرضون على الصلوات الخمس ، وهذا يدل علــى وجــوب العقيقة [٤]

---

[١] سبق تخريجه .

[٢] فتح البارى لابن حجر : جـ٢٠ صـ٣٠٠ ، نيل الأوطار للشوكان جـ٥ صـ١٣٣ .

[٣] زاد المعاد لابن القيم : جـ٢ صـ٢ط : المكتبة التوفيقية .

[٤] فتح البارى : جـ٢٠ ص٣٠٠ ، المحلى لابن حزم : جـ٧ صـ٥٢٥ .

ويناقش هذا الأثر من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن تشبيه العقيقة بالصلاة تشبيه مع الفارق ، لأن الصلاة لها منزلة فى الإسلام عظيمة لا تعدلها منزلة أية عبادة أخرى فهى عماد الدين الذى لايقوم إلا به ، ولذا فإن من أقامها فقد أقام الدين ، ومن هدمها فقد هدم الدين وهى أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة فإن صلحت صلح سائر العمل ، وإن فسدت ردت ورد سائر العمل ولهذا كان صحابة النبى ﷺ لايرون شيئا من الأعمال تركه كفر إلا الصلاة ، وذلك بخلاف العقيقة فإنها وإن كانت شرعت شكرا الله وإظهارا لنعمته إلا أنها لاترقى إلى مستوى الصلاة حتى تشبه بها .

الوجه الثانى : أن الأدلة التى تدل على وجوب الصلاة أجل من أن تحصى وذلك بخلاف العقيقة فإنه لم يرد فيها دليل واحد يدل على وجوبها .

الوجه الثالث : أن دعوى العرض يوم القيامة على العقيقة بخصوصها دعوى لا أساس لها من الصحة على الإطلاق ، لأن الناس حينما يعرضون على الله يوم القيامة للحساب وتقرير الأعمال فإنهم يعرضون على الله بجميع أعمالهم ماظهر منها ومابطن ، وما كان واجبا منها وغير واجب .

ثانيا : أدلة القائلين بسنية العقيقة :

لأصحاب القول الثانى القائل : بسنية العقيقة وهم الجمهور ، ومن نحا نحوهم فى إصدار هذا الحكم مستند قوى يتمثل فى الأخذ بالسنة القولية ، والفعلية والقياس .

فأما السنة القولية :

فمنها ما أخرجه الإمام مالك فى موطئه عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال حينما سئل عن العقيقة ؟ لا أحب العقوق من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل " [1]

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبى ﷺ علق ذبح العقيقة على الرغبة والمحبة وذلك يقتضى الندب . وعدم الوجوب .

وأما السنة الفعلية فمنها :

ماروى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) " أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا "[2]

ووجه الدلالة من هذا الحديث : واضح جلى وهو أن النبى ﷺ فعل ذلك بنفسه فكان ذلك دليلا على سنيتها .

وأما المعقول فمنه :

١- أن وليمة النكاح مسنونة ومقصودها طلب الولد فكان ولادة الولد أولى بأن يكون الإطعام فيه مسنونا .

٢- أن العقيقة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جنايه ولا نذر ولما كانت الأضحية مندوبة كانت العقيقة مندوبة كذلك.

---

[1] سبق تخريجه.

[2] أخرجه أبو داود فى سننه : ج صـ٣٠ : دار الكتب العلمية ببيروت ، وأخرجه النسائى فى سننه : جـ٣ صـ٧٥ ط : دار الكتب العلمية .

ثالثا : أدلة القائلين بأن العقيقة مباحة :

استدل القائلون بأن العقيقة مباحة وهم أصحاب الرأى بما يلى :

أولا : قوله ﷺ حينما سئل عن العقيقة ، فقال : " إن الله تعالى لايحب العقوق من شاء فليعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة " [1] وهذا ينفى كون العقيقة سنة لأنه ﷺ علق العق بالمشيئة وهذا أمارة الإباحة [2]

ويجاب عن هذا :

بأنه لامنافاة بين التفويض إلى الاختيار وبين كون الفعل الذى وقع فيه التفويض سنة [3]

ثانيا : ماروى عن أبى جعفر محمد بن على بن الحسين أنه قال : " نسخ الأضحى كل ذبح كان قبله " [4] وهذا الحديث كما يقول أصحاب الرأى : يدل على أن العقيقة كانت فى الجاهلية ثم فعلها المسلمون فى أول الإسلام فنسخها ذبح الأضحية ، وفى هذا تقول أم المؤمنين "عائشة رضى الله عنها " : "نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الأضحية كل ذبح كان قبلها ، ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله " [5] والظاهر أنها قالت ذلك سماعا من رسول الله

---

(1) أخرجه أبو داوود و النسائى .

(2) بدائع الصنائع للكاسانى : جـ ٥ صـ٦٩ ط : دار الكتب العلمية .

(3) نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ ١٣٢ .

(4) فتح البارى : جـ٢٠ صـ٢٩٢ ، المحلى : جـ٧ صـ٥١٠ .

(5) فتح البارى لابن حجر : جـ٢٠ ٢٢ ، بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٦٩ .

ﷺ لأن إنتساخ الحكم مما لايدرك بالاجتهاد ، ومنهم من روى هـذا الحديث مرفوعا إلى رسول الله ﷺ .

ويجاب عن هذا بثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن هذا الحديث لاحجة فيه لأنه قول محمد بن على وفـى سنده ضعف كما أشار إلى ذلك الحافظ ابن حجر .

الوجه الثانى : أن النسخ لا يثبت الاحتمال ، وإنما لابد فيه مـن نـص مسند إلى رسول الله ﷺ .

الوجه الثالث : أننا لو سلمنا لكم القول بأن الأضحية نسخت كل دم كـان قبلها إلا أننا نقول : إنها كانت واجبة ثم نسخ وجوبها فيبقى الاسـتحباب كما جاء فى صور عاشوراء وفى كل صدقة من الصدقات[١] .

رابعا : أدلة القائلين بأنها مكروهة :

استدل القائلون بأن العقيقة مكروهة بما يلى :

أولا : ماوراه الإمام فى الموطأ عن زيد بن أسلم عن رجـل مـن بنـى ضمرة عن أبيه أنه قال :" سئل رسول الله ﷺ عن العقيقة فقـال : لا أحب العقوق وكأنه إنما كره الاسم وقال : من ولد له ولد فـلْحب أن ينسك عن ولده فليفعل "[٢]

---

[١] فتح البارى : جـ ٢٠ صـ ٢٩٢ .

[٢] جـ ٢ ، صـ ٤٥ .

ووجه الدلالة منه على كراهة العقيقة : *واضح جلى ، وهو قول النبى* ﷺ " لا أحب العقوق " .

ويجاب عن هذا : بأن الحديث ليس فيه مايدل على كراهة العقيقة بل آخر الحديث يثبتها وإنما غايته أن يؤخذ منه أن الأولى أن تسمى نسيكة أو ذبيحة ولا تسمى عقيقة [1]

ثانيا : ما أخرجه البهيقى فى سننه أن النبى ﷺ قال : "إن اليهود تعق عن الغلام ولاتعق عن الجارية " [2] وهذا الحديث يدل على كراهة العقيقة لكونها من فعل أهل الكتاب ، وقد أمرنا بمخالفتهم .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أن العقيقة ليست من فعل أهل الكتاب ، وإنما الذى من فعلهم تخصيص الذكر بالعقيقة دون الأنثى كما دل عليه لفظ الحديث وحتى لو سلمنا جدلا – أنها من فعل أهل الكتاب – فليس فى هذا مايدل على كراهتها لأننا لم نؤمر بمخالفة أهل الكتاب فى كل ما يقولونه ويفعلونه وإنما أمرنا فقط بمخالفتهم فيما ورد فيه نص ثابت عن رسول الله ﷺ بل القاعدة : أن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد ناسخ وليس هناك ناسخ فيبقى الحكم على ماهو عليه وهو أن العقيقة سنة ، وليست مكروهة .

الجواب الثانى : أن الحديث يدل بمقتضى مفهوم المخالفة على أن العقيقة سنة وأن السنة فيها شاتان عن الغلام ، وشاة عن الجارية ، يدل

---

[1] فتح البارى : جـ ٢٠ صـ ٢٩٢ .

[2] جـ٩ صـ٣٠٢ .

عليه قول النبى ﷺ فى آخر الحديث : " فعقوا عن الغلام شـاتين وعـن الجارية شاة " .

ثالثا : ماروى عن فاطمة الزهراء " رضى الله عنهما " ، أنها لما ولدت الحسن بن على أرادت أن تعق عنه بكبشين فقال لها رسول اللهﷺ: " لاتعقى عنه ، ولكن احلقى رأسه فتصدقى بوزنه من الورق فلمـا ولدت الحسين فعلت مثل ذلك" [١]

ووجه الدلالة من الحديث :

أن النبى ﷺ " نهى فاطمة رضى الله عنها " أن تعق عن الحسـن فلما ولدت الحسين لم تعق عنه أيضا فدل ذلك على كراهة العقيقة

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : إن إسناد هذا الحديث ليس بمتصل ، لأن فيه جعفر بـن محمد بن على بن الحسين وهو لم يدرك على بن أبى طالب[٢]

الجواب الثانى : أن الحديث ليس فيه ما يدل على كراهة العقيقـة ، لأن قول النبى ﷺ " لاتعقى عنه " لوصح فإنه لايدل على كراهة العقيقة وإنما يدل على أنه ﷺ أحب أنه يتحمل العقيقة عنها ولذا فإنه قـال لفاطمة: " لا تعقى عنه " وقد عق (صلوات الله وسلامه عليه)عـن الحسن والحسين (رضى الله عنهما) وكفاها المؤنة [٣]

---

[١] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ ٤ صـ ٩٩ بلفظ : عق رسول الله ﷺ عن الحسن بشاة وقال يا فاطمة احلقـى رأسه ، وتصدقي بزنه شعره فضة .

[٢] سنن الترمذى : جـ٤ صـ٩٩ بتحقيق الشيخ إبراهيم عطوه

[٣] تحفة المودود بأحكام المولود : ص ٢٥ .

رابعا : أن العقيقة كانت فضلاً ، ومتى نسخ الفضل لايبقى إلا الكراهـــة بخلاف الصوم والصدقة فإنهما كانا من الفرائض ، لا من الفضائل فإذا نسخت منهما الفريضة يجوز التنقل بهما (١)

ويجاب عن هذا : بما سبق ذكره من أن النسخ لايثبت بالاحتمال ، وإنمـــا لابد فيه من نص مسند إلى رسول الله ﷺ .

ثالثا : الرأى الراجح :

بعد هذا العرض الذى قدمناه من ذكر أقوال الفقهاء ، وسرد أدلتهم بالتفصيل والتوضيح أرى أن الرأى الراجح فى هذه المسألة هو الـــرأى القائل : بأن العقيقة سنة وذلك لما يلى :

أولا : قوة أدلتهم وعلى رأسه هذه الأدلة قول النبى ﷺ حينما سئل عـــن العقيقة " لا أحب العقوق من ولد له ولد فـــأحب أن ينســك عنــه فليفعل " وهذا يدل على أنه ﷺ " كره الاسم وندب إلى الفعل بدليل أنه " صلوات الله وسلامه عليه " عق عن الحسن والحسين وقـــال فى الحديث الذى معنا " من أحب أن ينسك عن ولده فليفعل"

ثانيا : ضعف ما استدل به أصحاب القول القائل بعدم سنية العقيقة حيـث إنهم قد استدلوا بأدلة لاترقى إلى مستواها الدلالى على المطلـــوب ولذا فقد رددت على كل دليل منها على حدة بما يضعف مذهبـــهم ويؤيد مذهب القائلين بسنية العقيقة .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٦٩ .

ثالثا : أن العقيقة كما يقول العلامة ابن القيم حينما شرعت فإنها شرعت شكرا لله وإظهار لنعمته التى هى غاية المقصود من النكاح ، فإذا شرع الإطعام للنكاح الذى هو وسيلة إلى حصول هذه النعمة فلأن تشرع عند الغاية المطلوبة أولى وأحرى[1] وغير مستبعد فى حكمة الله فى شرعه وقدر أن تكون العقيقة سببا لحسن إنبات الولد، ودوام سلامته وطول حياته فى حفظه من ضرر الشيطان حتى يكون كل عضو منها فدا كل عضو منه . ومن فوائدها التى تعود بالخير على المولود أنها تفك رهانة ، وهى فى نفس الوقت فدية يفدى بها المولود كما فدى الله سبحانه وتعالى - إسماعيل الذبيح بالكبش [2]

ولعلنى بهذا أكون قد جمعت بين الحسنيين

إحداهما : ترجيح رأى من قوى دليلهم وهم الجمهور .

ثانيهما : بيان حكمة المشرع من مشروعية العقيقة .

والآن وبعد أن فرغت من بيان موقف الفقهاء من العقيقة أنتقل إلى الحديث عن المقدار الذى يعق به الغلام والجارية فأقول وبالله التوفيق .

---

[1] تحفة المودود : صـ ٣٩ – ٤٠ .

[2] المرجع السابق

المبحث الثالث

المقدار الذى يعق به عن الذكر والأنثى

سوف أتكلم فى هذا المبحث - إن شاء الله تعالى - عن المقدار الذى ينبغى علينا أن نعق به عن الغلام والجارية ، ولكن يجدر بنا قبل الحديث عن هذه المسألة أن ننبه القارئ إلى أن العقيقة سنة عن الجارية كما هى سنة عن الغلام ، وهذا هو قول جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين [١] ولم يشذ عن هذا القول إلا الحسن البصرى ، وقتادة حيث قالا : بعدم العقيقة عن الجارية ، ولم أر لهما دليلا يحتجان به ويعتمدان عليه غير قولهما : بأن الغلام فى قوله النبى ﷺ " مع الغلام عقيقة " اسم للذكر دون الأنثى .

وكذلك قولهما : بأن العقيقة شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد والجارية لا يحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة [٢]

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أنه ليس فى هذا الكلام مايدل من قريب أو بعيد على التفرقة فى هذا الحكم بين الجارية والغلام ، لأن العقيقة كما شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد فإنها شرعت أيضا شكرا للنعمة الحاصلة بالبنت وكيف لاتكون البنت نعمة وهى هبة الواهب ، والواهب يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ، فالولد والبنت كلاهما نعمة من الله

---

[١] المهذب للشيرازى : جـ ١ صـ ٣٢١ ، المغنى لابن قدامة : جـ ١١ صـ ١٢١ ، تحفة المودود لابن القيم ص٢٩/٣٧ .

[٢] المراجع السابقة .

يسر بهما المؤمن ، ويشكر عليها الواهب ، فالقول بأن العقيقة شرعت شكرا للنعمة الحاصلة بالولد دون البنت قول يأباه العقل ويرفضه فضلا عن الشرع ، لاسيما وأن سيدنا رسول الله ﷺ قد بين لنا أن الله – سبحانه وتعالى – قد يجعل البنت سترا لأبيها من النار ما دام قد أحسن أدبها وتربيتها حيث قال : " من يلي من هذه البنات شيئا فأحسن إليهن كن له سترا من النار " [1]

الجواب الثاني : أن قول النبي ﷺ : " مع الغلام عقيقة " ليس فيه ما يدل على عدم العقيقة عن الجارية ، وإنما هو من باب تغليب الذكر على الأنثى في الأحكام التي تستوي فيها المرأة مع الرجل . الأمر الذي يجعلني أميل إلى ترجيح رأي الجمهور القائل : بأن العقيقة سنة في حق الجارية كما هي سنة في حق الغلام وذلك لما يلي :

أولا : قول النبي ﷺ حينما سئل عن العقيقة ؟ فقال : نعم عن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة لايضركم ذكرانا كن أو إناثا " [2]

ثانيا : قوله ﷺ أيضا : " إن اليهود يعقون عن الغلام ولايعقون عن الجارية فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة [3]

ثالثا : قول أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) أمرنا رسول الله ﷺ " أن نعق عن الغلام بشاتين وعن الجارية شاة " [4]

---

[1] جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه : جـ ٢٢ صـ ٢٠٩ – ٢١٠ .

[2] أخرجه الترمذي في سننه : جـ٤ صـ ٩٨ وقال عنه : حديث حسن صحيح .

[3] سبق تخريجه.

[4] سبق تخريجه .

وهذه النصوص الصريحة تدل دلالة واضحة وبما لايدع مجالا للشك أو المحاورة على أن العقيقة سنة عن الجارية كما هى سنة عن الغلام .

والآن وبعد أن تبين لنا رجحان مذهب الجمهور القائل : بسنية العقيقة سواء عن الجارية أو الغلام ، وضعف مذهب الحسن البصرى ومن حذا حذوه ننتقل إلى الحديث عما قصدناه فى هذه المبحث وهو المقدار الذى ينبغى علينا أن نعق به عن الغلام والجارية فأقول وبالله التوفيق :

لقد أجمع الفقهاء كما يقول الإمام الشوكانى [1] : على أن السنة فى العقيقة عن الجارية شاة واحدة ، والأصل فى هذا قول النبى ﷺ : " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " ، وبعد أن اتفقت كلمة الفقهاء على مقدار العقيقة بالنسبة للأنثى نجدهم قد اختلفوا فى مقدارها بالنسبة للذكر وذلك على قولين :

القول الأول : وبه قال : ابن عباس ، وعائشة ، والشافعى ، وإسحاق وأبو ثور ، وأحمد ويرى أصحابه : أن السنة فى العقيقة عن الذكر شاتان[2] وقد استدلوا على ذلك بما يلى :

---

[1] نيل الأوطار للشوكانى : جـ د صـ ١٣٤ .

[2] المرجع السابق ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ ٢ صـ ١٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ ٣ صـ ٢٥٥ ، المهذب : جـ ١ صـ ٣٢١ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للخطيب الشربينى : جـ ٢ صـ ٢٨٣، ط : عيسى الحلبى ، المغنى لابن قدامة : جـ ١١ صـ ١٢٠ ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : جـ ٤ صـ ١٠٠ ، ط : دار الكتب العلمية .

أولا : قوله ﷺ فى حديث أم كرز حينما سألته عن العقيقة ؟ فقـــال عــن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة ولايضركم ذكرانا كن أم إناثا [١] .

ثانيا : ماروى أن جماعة دخلوا على حفصة بنت عبد الرحمن فســألوها عن العقيقة فأخبرتهم أن عائشة(رضى الله عنهما)أخبرتها أن رسول الله ﷺ أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة[٢]" .

ثالثا : ما أخرجه البيهقى فى سننه عن أبى هريرة (رضى الله عنـــه) أن النبى ﷺ قال " إن اليهود يعقون عن الغلام ولا يعقون عن الجاريـــة فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة [٣] .

وهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة على أن السنة فى العقيقة عـــن الذكر إنما تكون بشاتين .

د- ويعترض على هذا :

بأن أمره ﷺ بالعق عن الغلام بشاتين إنما هو من باب الزيادة فـــى القربة لا لتوقف حصول الندب عليه بدليل اقتصاره ﷺ على ســاة حيــن عق عن الحسن والحسين [٤] .

ويجاب عن هذا :

بأن حديث الشاة فى عقيقة النبى ﷺ عن الحسن والحسين من فعــل النبى ﷺ ، وأحاديث الشاتين من قوله ، ودلالة القول أرجح مـــن دلالـــة الفعل ، لأن قوله ﷺ عام وفعله يحتمل الاختصاص .

---

[١] سبق تخريجه .

[٢] أخرجه الترمذى فى سننه : حـــ٤ صــ٩٧ .

[٣] حــ٩ صــ٣٠٢ .

[٤] الفواكة الدوانى فى شرح رسالة القيروانى لابن مهنا النفراوى : حـــ١ صــ ٤٦٠ ط : مصطفى الحلبى .

القول الثانى : وهو أن الذكر والأنثى فى ذلك سواء ومعنى هذا : أن العقيقة عن الذكر وإنما تكون بشاة واحدة ، ولم يقل بهذا الرأى من فقهاء الصحابة ، وأئمة المذاهب فيما أعلم إلا سيدنا عبد الله بن عمر (رضى الله عنهما) وإمام دار الهجرة [١] وقد احتجوا على ذلك بما روى عن ابن عباس (رضى الله عنهما) " أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن بشاة وعن الحسين كذلك" [٢] وهذا الحديث يدل على الاستواء بين الذكر والأنثى ، وعدم التفاصيل بينهما .

ويجاب على هذا :

بأن الحديث لا حجة فيه لوجوه .

الوجه الأول : ماروى عن أم كرز أنها قالت : أتيت رسول الله ﷺ أسأله عن لحوم الهدى ؟ فسمعته يقول : "عن الغلام شاتين ، وعن الجارية شاة لا يضركم ذكرانا كانت أم إناثا " [٣] " ولا خلاف فى أن مولد الحسن (رضى الله عنه) كان عام أحد ، وأن مولد الحسين (رضى الله عنه) كان فى العام الثانى له وذلك قبل الحديبية بسنتين فصار الحكم لقوله ﷺ المتأخر لالفعله المتقدم .

الوجه الثانى : أن أحاديث الشاتين مشتملة على الزيادة فهى من هذه الحيثية أولى بالقبول والزيادة من العدل لايحل تركها .

---

[١] حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ٢ صـ١٢٦ ، بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٣ ، المحلى لابن حزم: جـ٧ صـ ٥٣٠ - ٥٣١ ، تحفة المودود لابن القيم : صـ٣٧ .

[٢] أخرجه أبو داود فى سننه : جـ ٣ صـ ١٠٧ .

[٣] أخرجه النسائى فى سننه : جـ٧ صـ١٦٥ .

الوجه الثالث : أن قصة الحسن والحسين يحتمل أن يـــراد بـــها جنـــس المذبوح وأنه من الكباش لا تخصيصه بالواحد كما قالت عائشة (رضـــى الله عنها) ضحى رسول الله ﷺ عن نسائه بقرة وكـــن تســـعا ومرادهـــا الجنس لا التخصيص بالواحدة .

الوجه الرابع : أن فى اقتصاره ﷺ على شاة دليـــل علـــى أن الشـــاتين مستحبة وليست بمتعينة ، والشاة جائزة غير مستحبة [١] .

ويرى العلامة ابن القيم فى كتابة تحفة المودود بأحكام المولـود [٢] وهو بصدد الحديث عن تفاضل الذكر والأنثى فيها : أنه لاتعارض بحمـد الله تعالى بين أحاديث التفضيل بين الذكر والأنثى . وبين حديـــث ابـــن عباس فى عقيقة الحسن والحسين فإن حديثه قد روى : بلفظين أحدهمـــا : أنه عق عنهما ﷺ كبشا كبشا . والثانى : أنه عق عنهما كبشين ، ولعـــل الراوى أراد كبشين من كل واحد منهما فاقتصر على أحد الكبشين مـــن النبى ﷺ ، والثانى من فاطمة وبهذا تتفق الأحاديث . ولهذا فإننى أرى أن الرأى الراجح فى هذه المسألة هو رأى الجمهور القائل : بأن العقيقة عـن الذكر إنما تكون بشاتين ، فإن عق بشاة واحد جاز ذلك ولايستحب ، لأن العقيقة حينما شرعت فإنما شرعت للسرور بالمولود ، وبما أن الســـرور بالغلام يكون أكثر لذا فإن الذبح عنه يكون أكثر ، وتلك قاعدة الشـــريعة فإن الله سبحانه وتعالى فاضل بين الذكر والأنثى وجعل الأنثى النصـــف

---

[١] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٤ ، بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٣ ، المحلى لابن حزم : جـ٧ صـ٥٣٠ - ٥٣١ .

[٢] صـ٣٨ .

من الذكر فى المواريث ، والديات ، والشهادات ، والعتق ولهذا قال النبى ﷺ : " أيما امرئ مسلم أعتق مسلما كان فكاكه من النار يجزئ كل عضو منه عضوا منه ، وأيما أمرى مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجزئ كل عضو منهما كل عضو منه " [1] فجرت المفاضلة فى العقيقة هذا المجرى لو لم يكن فيها سنة ، كيف والسنن الثابتة صريحة بالتفصيل .

---

[1] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ١١٧ – ١١٨ .

المبحث الرابع

مايجزئ فى العقيقة من النعم

سوف أتكلم فى هذا المبحث - إن شاء الله تعالى - عن جنس العقيقة ، وسنها وذلك بعد أن يسر الله لنا الحديث عن المقدار الذى ينبغى علينا أن نعق به عن الغلام والجارية وذلك فيما إذا كانت العقيقة من الضأن حيث أجمع الفقهاء على جواز العقيقة بالضال مستدلين على ذلك بقول النبى ﷺ " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " وقد تناولنا هذه المسألة بشئ من التفضيل والتوضيح فارجع إليها إن شئت .

أما إذا كانت العقيقة من بهيمة الأنعام لكنها لم تكن من الضأن بل كانت من الإبل أوالبقر فما الحكم فى ذلك هل يجزئ فيها ما يجزئ فى الغنم أم لا ؟

للإجابة عن هذا السؤال الذى فرض نفسه علينا فى هذا المقام أقول وبالله التوفيق .

ذهب جمهور الفقهاء [1] إلى القول : بأن العقيقة تجزئ بالأبل أو البقر ، أو بأى نوع من الأزواج الثمانية ، وقد استدلوا على ذلك بالسنة ، والقياس

فأما السنة : فقوله ﷺ : " مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما [2] "

---

[1] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ ١٣٨ ، بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٩٦ ، حاشية الدشوقى على الشرح الكبير : جـ ٢ صـ ١٢٦ ، بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٣ ، تحفة المودود لابن القيم : ص٤٨ .

[2] سبق تخريجه .

ووجه الدلالة منه على جواز العقيقة بأى جنس من الأجناس الثلاثة (الإبل، أو البقر ، أو الغنم) : واضح جلى وهو أن النبى ﷺ لم يذكر دماً دون دم وهذا يدل على أن كل ما يذبح عن المولود على ظاهر هذا الخبر فإنه يجزئ ما دام من بهيمة الأنعام .

ويعترض على هذا الحديث : بأنه مجمل ، وقول النبى ﷺ : " عن الغلام شاتان ، وعن الجارية شاة " مفسر ، والمفسر أولى من المجمل [1]

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول : أن مجرد ذكرها لاينفى إجزاء غيرها .

الجواب الثانى : أن تخصيص الشاة بالذكر فى الحديث لبيان الأفضل والأيسر .

٢- ماروى عن أنس مرفوعا أنه قال : يعق عنه من الإبل ، والبقر ، والغنم " [2] وهو نص صريح فى إجزاء الإبل والبقر .

وأما القياس : فهو أن العقيقة نسك فوجب أن يكون الأعظم فيها أفضل قياسا على الهدايا [3] .

٢- بينما ذهب ابن حزم أنه لا يجزئ فى العقيقة إلا ما يطلق عليه اسم شاة إما من الضأن ، وإما من المعز ، وهو قول : حفصة بنت عبد الرحمن بن أبى بكر كما نقله عنها ابن المنذر [4] ، وقد استدلوا على ذلك بقول النبى ﷺ : " عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة " .

---

[1] المحلى لابن حزم : جـ٧ صـ٥٢٧ .

[2] أخرجه الطبراني .

[3] بداية المجتهد لابن رشد : جـ١ صـ٤٦٣ .

[4] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٨ ، تحفة المودود لابن القيم : صـ٤٨ .

ووجه الدلالة من هذا الحديث على عدم جواز العقيقة بغير الشاة : ذكرها في أحاديث العقيقة دون غيرها [١] .

ويجاب عن هذا :

بأن مجرد ذكرها في بعض الأحاديث لاينفى إجزاء غيرها ولعله لبيان الأفضل فيها والأيسر ومن هنا فإننى أرى أن الرأى الراجح فى هذه المسألة هو رأى الجمهور القائل : بأن العقيقة تجزئ بأن جنس من الأجناس الثلاثة ، ويدخل فى كل جنس نوعه والذكر والأنثى منه ، وذلك قياسا على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جناية ولا نذر فكما أن الأضحية تجزئ بغير الضأن من الإبل ، أو البقر فكذلك العقيقة . بيد أن الضأن فيها أفضل من غيره نظرا لطيب اللحم ، ولأن النبى ﷺ عق به ولا يفعل (صلوات الله وسلامه عليه) إلا الأفضل ولو علم الله خيرا منه لفدى به إسماعيل (عليه السلام) . هذا وينبغى علينا أن نلاحظ أن أصحاب هذا القول وإن كانوا قد اتفقوا فيما بينهم على جواز العقيقة بالإبل والبقر إلا أنهم اختلفوا فى حكم الاشتراك فيهما على قولين:

القول الأول : أنه يجوز اشتراك سبعة فى الإبل ، أو البقر قياسا على الأضحية وهو قول : الرافعى [٢]

القول الثانى : أنه لايصح الاشتراك فيها بل تشترط أن تكون بدنة ، أو بقرة كاملة ، وهذا هو قول : الإمام أحمد [٣] . وهو الرأى الراجح كما

---

[١] نيل الأوطار : جـ٥ صـ١٣٨ .

[٢] المرجع السابق ، وانظر المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ صـ٤٠٩ ، ط دار الفكر للطباعة والنشر / والإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠٤ .

[٣] المرجعين السابقين

يرى العلامة ابن القيم معللا ترجيحة له بقوله : إن هذه الذبيحة جارية مجرى فداء المولود لذا كان المشرع فيها دما كاملا لتكون نفس فداء نفس.

ولو صح الاشتراك فيها لما حصل المقصود من إراقة الدم عن الولد ، فإن إراقة الدم تقع عن واحد ، ويحصل لباقى الأولاد إخراج اللحم فقط ، والمقصود نفس الإراقة عن الولد اتباعا لسنة النبى ﷺ وسنة النبى ﷺ أحق وأولى أن تتبع [1] وقد شرع ﷺ فى العقيقة عن الغلام دمين مستقلين لا يقوم مقامها جزورة ولا بقرة .

وأما سنها :

فقد اتفق الفقهاء على جواز العقيقة بالمسنة [2] لقول النبى ﷺ: " لاتذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن [3] " واختلفوا فى الجذع [4] من الضأن على قولين :

---

[1] تحفة المودود لابن القيم : صـ٤٧ .

[2] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١١٣ ، الفقه الاسلامى وأدلته للدكتور / وهبة الرحيلى : جـ٣ صـ٦١٤ / ط : دار الفكر ، والمسنة : هى الثنية من كل شئ من الإبل ، والبقر ، والغنم ، ويكون ذلك فى البقر والحافر فى السنة الثالثة ، وفى الإبل فى السنة السادسة انظر : مختار الصحاح للرازى : صـ٨٨ ، نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١١٣ .

[3] أخرجه مسلم فى صحيحه : جـ٧ صـ١١٧ ، ط : دار الريان للتراث ، وأخرجه ابن ماجه فى سننه : جـ٢ صـ٢٧٦ .

[4] الجذع من الضأن : ما له سنة تامة وهذا هو المشهور عند أهل اللغة ، وجمهور أهل العلم من غيرهم ، ومن ولد البقر والحافر: فى السنة الثالثة ، وللإبل فى السنة الخامسة . انظر : مختار الصحاح للرازى : صـ٩٧ ، نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١١٣ .

القول الأول : أنه لايجزئ الجذع لا من الضأن ، ولا من غيره وهو قول ابن عمر ، والزهرى [1] ، وقد استدلوا على ذلك بقول النبى ﷺ " لاتذبحوا إلا مسنة " .

ووجه الدلالة منه على عدم العقيقة إلا بالمسنة : أن النبى ﷺ نهى عن التضحية بما عدا المسنة مما دونها ، وهذا تصريح بأنه لايجزئ إلا إذا عسر على العاق وجود المسنة .

ويجاب عن هذا :

بأن الحديث محمول على الاستحباب وتقديره : يستحب لكم أن لاتذبحوا إلى مسنة فإن عجزتم فجذعة ضأن ، وليس فيه تصريح بمنع جذعة الضأن وأنها لاتجزئ بحال [2] .

فإن قال لنا قائل : لابد من مقتص للتأويل المذكور قلنا : حديث أبى هريرة ، وما بعده والذى سوف يأتى فى أدلة الجمهور يصلح لجعله قرينة مقتضية للتأويل فيتعين المصير إليه لذلك [3] .

القول الثانى : أن الجذع من الضأن يجزئ ، وهذا هو قول : الجمهور/وقد قال الإمام النووى : مذهب العلماء كافة : أنه يجزئ سواء وجد غيره أم لا [4] وقد استدلوا على ذلك بما يلى :

أولا : قوله ﷺ : " نعمت الأضحية الجذع من الضأن [5] "

---

[1] المرجع السابق .

[2] المرجع السابق .

[3] المرجع السابق .

[4] المجموع للنووى : جـ٨ صـ٤٠٩ ، روضة الطالبين للنووى : جـ٣ صـ٤٩٩ .

[5] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ٨٧ .

ثانيا : ماروى عن أم بلال بنت هلال عن أبيها أن رسول الله ﷺ قال : "يجوز الجذع من الضأن ضحية [1]

ثالثا : ماروى عن مجاشع بن سليم أن النبى ﷺ كان يقول : " إن الجذع يوفى مما توفى منه الثنية "[2]

ويعترض عليه : بأن فى إسناده عاصم بن كليب ، وقد قال عنه ابن المدينى : لا يحتج به إذا انفرد .

ويجاب عن هذا : بأن الإمام أحمد قال عنه : لابأس به ، وقال أبو حاتم الرازى عنه : إنه رجل صالح ، وقد أخرج له الإمام مسلم فى صحيحه[3] .

رابعا : ماروى عن عقبة بن عامر أنه قال : ضحينا مع رسول الله ﷺ بالجذع من الضأن [4] وهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة وبما لايدع مجالا للشك أو الخلاف على جواز التضحية والعقيقة بالجذع من الضأن، ومن هنا فإننى أرى أن الرأى الراجح فى هذه المسألة هو رأى الجمهور القائل : بجوار العقيقة بالجذع من الضأن ، لأن العقيقة تقاس عل الأضحية بجامع أن كلا منهما نسك وهذا يدل على أنه يجزئ فيها مايجزئ فى النسك سواء من الضحايا أو الهدايا ، ولأنه ذبح مسنون إما واجبا وإما استحبابا يجرى مجرى الهدى ، والأضحية فى الصدقة ، والهدية والتقرب

---

[1] أخرجه ابن ماجه فى سننه : ج٢ صـ٢٧٥ط : دار الجيل – لبنان .

[2] أخرجه ابن ماجه فى سننه : جـ٢ صـ٢٧٥ ط : دار الجيل – لبنان .

[3] نيل الأوطار للشوكانى : جـ ٥ صـ١١٤ .

[4] أخرجه النسائى فى سننه : جـ٣ صـ٥٧ ط : دار الكتب العلمية – بيروت

إلى الله تعالى فاعتبر فيها السن الذى يجزئ فيهما ولأنه شرع بوصف التمام والكمال ، ولهذا شرع فى حق الغلام شاتان وشرع أن تكونا متكافئتين لا تنقص إحداهما عن الأخرى فاعتبر أن يكون سنهما سن الذبائح المأمور بها ، ولهذا جرت مجراها فى عامة أحكامها[1]

(١) تحفة المودود لابن القيم : صـ ٤٦ .

المبحث الخامس

وقت العقيقة

أجمع القائلون بمشروعية العقيقة علـى استحباب ذبحها يوم السابع[١] لقول النبى ﷺ : " الغلام مرتهن بعقيقته ، يذبح عنه يوم السابع ويسمى ، ويحلق رأسه" [٢] وقول أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) " عق رسول الله ﷺ عن حسن وحسين يوم السابع ، وسماها ، وأمر أن يماط عن رؤوسهما الأذى [٣] " .

ووجه الدلالة من هذين الحديثين الشريفين على استحباب ذبح العقيقة يوم سابع ولادة المولود : واضح جلى وهو ثبوت ذلك بالسنة القولية ، والفعلية ، والحكمة من ذلك كما يقول العلامة ابن القيم فى كتابة: تحفة المودود بأحكام المولود [٤]: أن الطفل حين يولد يكون أمره مترددا بين السلامة والعطب ، ولا يدرى هل هو من أمر الحياة أولا إلى أن تأتى عليه مدة يستدل بما يشاهد من أحواله فيها على سلامة بنيته وصحة خلقته وأنه قابل للحياة ، وجعل مقدار تلك المدة أيام الأسبوع فإنه دور يومى ، كما أن السنة دور شهرى . هذا هو الزمان الذى قدره الله

---

[١] حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ٢ صـ١٢٦ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٢٥٦ ، المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ :صـ٤١١ ، روضة الطالبين للنووى : جـ٣ صـ٤٩٧ ، المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢١ ، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠١ .

[٢] سبق تخريجه .

[٣] أخرجه البيهقى فى سننه بلفظ : عق رسول ﷺ عن الحسن والحسين وحلق شعورهما وتصدقت فاطمة بزنته فضة : صـ٩ صـ٣٠٠

[٤] صـ٥٦ - ٥٧ .

يوم خلق السموات والأرض وهو تعالى خص أيام تخليق العالم بستة أيام وكنى كل يوم منها اسما يخصه به ، وخص كل يوم منها بصنف من الخليقة أوجده فيها وجعل يوم إكمال الخلق واجتماعه ، وهو يوم اجتماع الخليقة مجمعا وعيدا للمؤمنين يجتمعون فيه لعبادته وذكره والثناء عليه وتحميده وتمجيده والتفرغ من أشغال الدنيا لشكره والإقبال على خدمته ، وذكر ما كان فى ذلك اليوم من المبدأ وما يكون فيه من المعاد ، وهو اليوم الذى استوى فيه الرب (تبارك وتعالى) على عرشه ، واليوم الذى خلق الله فيه أبانا آدم واليوم الذى أسكنه فيه الجنة ، واليوم الذى أخرجه منها واليوم ينقضى فيه أجل الدنيا وتقوم الساعة وفيه يجئ الله (سبحانه وتعالى) ويحاسب خلقه ، ويدخل أهل الجنة منازلهم ،وأهل النار منازلهم.

والمقصود أن هذه الأيام أول مراتب العمر ، فإذا استكملها المولود انتقل إلى المرتبة الثانية وهى الشهور ، فإذا استكملها انتقل إلى الثالثة وهى السنين فما نقص عن هذه الأيام فغير مستوف للخليقة ، وما زاد عليها فهو مكرر يعاد عند ذكره اسم ما تقدم من عدده ، فكانت الستة غاية لتمام الخلق وجمع فى آخر اليوم السادس منها فجعلت تسمية المولود وإماطة الأذى عنه وفديته وفك رهانه فى اليوم السابع كما جعل الله (سبحانه وتعالى) اليوم السابع من الأسبوع عيدا لهم يجتمعون فيه مظهرين شكره وذكره " فرحين بما آتاهم الله من فضله[1] من تفضيله لهم على سائر الخلائق المخلوقة فى الأيام قبله فإن الله (سبحانه وتعالى) أجرى حكمته بتغير حال العبد فى كل سبعة أيام وانتقاله من حال إلى

[1] جزء من الآية : ١٧٠ من سورة آل عمران .

حال ، فكان السبعة طورا من أطواره وطبقا من أطباقه . ولهذا تجد المريض تتغير أحواله فى اليوم السابع ولابد إما إلى قوة وإما إلى انحطاط ولما اقتضت حكمته (سبحانه) ذلك شرع لعباده كل سبعة أيام يوما يرغبون فيه إليه يتضرعون إليه ويدعونه فيكون ذلك من أعظم الأسباب فى صلاحهم وفى معاشهم ومعادهم ودفع كثير من الشرور عنهم " فسبحان من بهرت حكمته العقول فى شرعه وخلقه "

هذا وبعد أن اتفقت كلمة الفقهاء على استحباب ذبح العقيقة يوم السابع نجدهم قد اختلفوا فى حكمها بالنسبة لمن ذبح قبله أو بعده وذلك على أربعة أقوال :

القول الأول وبه قال : الإمام مالك فى رواية عنه وهو أن العقيقة مؤقته باليوم السابع [1] ومعنى هذا أنه إن ذبح قبله لم يقع الموقع ، وأنها تفوت بعده ، وقد نقل صاحب البحر عن الإمام يحيى : أنها لاتجزئ قبل السابع ولا بعده إجماعا [2] وقد استدلوا على ذلك بقول النبى ﷺ : " كل غلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم السابع " وفيه دليل على أن وقت العقيقة هو سابع الولادة ، وأنها تفوت بعده وتسقط إن مات قبله [3] .

ويجاب عن هذا بجوابين :

الجواب الأول:أن دعوى الإجماع مجازفة لما ورد من الخلاف المذكور [4]

---

[1] نيل الاوطار للشوكانى : جـ ٥ صـ ١٣٣ ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى : جـ ٢٠ صـ ٣٠٠ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ ٤ صـ ٢٥٦ .

[2] المراجع السابقة .

[3] المراجع السابقة .

[4] نيل الأوطار للشوكانى : جـ ٥ صـ ١٣٥ .

الجواب الثانى : أن الحديث ليس فيه مايدل على عدم إجزاء العقيقة لو ذبحت قبل السابع أو بعده لأن تأقيت العقيقة بيوم السابع إنما هو على سبيل الندب والاستحباب وليس على سبيل اللزوم والوجوب .

القول الثانى : أن العقيقة تستحب فى يوم السابع فإن لم يتهيأ لهم ذبحها فى يوم السابع ففى يوم الرابع عشر ، فإن لم يتهيأ لهم يوم الرابع عشر ففى يوم الحادى والعشرين ، وهذا القول نقله الإمام الترمذى عن أهل العلم وتعقبه الحافظ ابن حجر بأنه لم ينقل ذلك صريحا إلى عن أبى الله البوسنجى ، ونقله صالح بن أحمد عن أبيه ، وبه قال : المالكية فى قول عندهم ، وإسحاق ، ويروى هذا عن أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) والظاهر أنها لاتقوله إلا توقيفا [1]

ويجاب عن هذا القول : بأن التقيد باستحباب ذبح العقيقة فى هذه الأيام الثلاث دون غيرها ليس له مايدل عليه ، وأما ماروى عن أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) فلعله اجتهاد منها قصدت به الحث على المسارعة فى تنفيذ هذه السنة وعدم تأخيرها عن هذه المدة خشية تركها .

القول الثالث : أنه يستحب ذبح العقيقة فى يوم السابع فإن فات استحب فى كل سابع قياسا على ماقبله ، أو فى أى وقت آخر شريطة أن يكون ذلك قبل البلوغ ، لأنه إذا بلغ ولم يعق عنه وليه فلا يعق عن نفسه وهذا هو قول : الإمام أحمد [2] وحجته فى هذا مايلى :

---

(1) فتح البارى بشرح صحيح البخارى : جـ٢٠ ص ٣٠٠ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : جـ٢صـ١٢٦ / مواهب الجليل للحطاب : جـ٤ صـ٢٥٦ / المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢١ .

(2) فتح البارى لابن حجر : جـ٢٠ صـ٣٠٠ ، المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٢ ، الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف : جـ٤ صـ١٠٢ ، تحفة المودود لابن القيم : صـ٣٥

أولا : أن المقصود يحدث فى أى وقت مادم قبل البلوغ .

ثانيا : أن هذا قضاء فائت فلم يتوقف كقضاء الأضحية وغيرها .

ثالثا : أن العقيقة شرعت فى حق غير المولود .

القول الرابع : وهو أنه إن قدم ذبح العقيقة بعد الولادة وقبل كمال السبعة جارت تعجيلا وقام بها سنة العقيقة ، وإن عجلها قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة وكانت ذبيحة لحم ، وإن أخرها بعد السبعة كانت قضاء مجزيا لكن ينبعى عليه ألا يتجاوز بها مدة الرضاع لبقاء أحكام الطفولة ، فإن أخرها عن مدة الرضاع فيجب ألا يتجاوز بها مدة البلوغ لبقاء أحكام الصغير ، فإن أخرها حتى يبلغ سقط حكمها فى حق غير المولود ، وأصبح مخيرا فى العقيقة عن نفسه إن شاء عق عن نفسه وأثيب على ذلك ، وإن شاء لم يعق ولن يعاقب على ذلك وهو قول الشافعية ، وبه قال عطاء ، والحسن واستحسنه القفال ، والشاشى ومحمد ابن سيرين [1] مستدلين على ذلك بالسنة ، والمعقول :

فأما السنة : فما روى عن أنس أن النبى ﷺ : " عق عن نفسه بعد النبوة[2]

ويجاب عن هذا الحديث من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا الحديث باطل ، قال البيهقى : هو حديث منكر وفيه عبد الله بن محرر ، وهو ضعيف جدا ، وقال عبد الرزاق : إنما تكلموا

---

(1) نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٣ ، فتح البارى : جـ٢٠ صـ٣٠١ ، المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ صـ٤١١ ، روضة الطالبين للنووى : جـ٤ صـ٤٩٨ ، انظر : الحاوى الكبير للماوردى بتحقيق : طلبة عبد العال طلبة : ص ١٨٠ - ١٨١ .

(2) أخرجه البيهقى فى سننه : جـ٩ صـ٣٠٠ .

فيه لأجل هذا الحديث ، قال: البيهقي وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن قتادة ، ومن وجه آخر عن أنس ، وليس بشئ فهو حديث باطل وعبد الله بن محرر ضعيف متفق على ضعفه ، قال الحافظ : هو متروك [١]

الوجه الثاني: إن صح هذا الخبر كان من خصائصه ﷺ كما قالوا في تضحيته عمن لم يضح من أمته [٢]

ويجاب عن هذا : بأن الحديث وإن كان ضعيفا فإن الحكم في الأصل على التخيير بمعنى أنه شاء عق عن نفسه وأثبت عن ذلك ، وإن شاء لم يعق ولن يعاقب على ذلك .

وأما المعقول : فهو أن العقيقة مشروعة عنه ، وهو مرتهن بها فينبغي أن يشرع له فكاك نفسه[٣] والذى أراه راجحا من هذه الأقوال : هو القول الرابع القائل : بأنه إذا بلغ الغلام وكسب ولن يعق عنه والده ، أو وليه فقد سقط حكمها في حق غير المولود ، وأصبح مخيرا في العقيقة عن نفسه إن شاء عق وأثبت على ذلك ، وإن شاء لم يعق ولم يعاقب على ذلك .

---

[١] تلخيص الخبير لابن حجر : جـ٤ صـ١٩١ ، المجموع للنووي : جـ٨ ٤١٢ ، فتح الباري لابن حجر : جـ٢٠ صـ٣٠١ .

[٢] المرجع السابق :

[٣] المجموع شرح المهذب للنووي : جـ٨ صـ٤٩ .

المبحث السادس

شروط[1] العقيقة

لما كانت العقيقة ذات شبه بالأضحية من حيث إن كلا منهما إراقة دم بغير جناية ولانذر لذا فإنه يشترط فيها ما يشترط فى الأضحية وهـذا هو قول : المالكية والشافعية فى وجه ، والإمام يحيى ، والحنابلة [2]

بينما ذهب الشافعية فى وجه آخر عندهم إلى أنه لا يشـترط فـى العقيقة ما يشترط فى الأضحية [3] لعدم ورود مايدل على تلك الشـروط المذكورة فى الأضحية ، وهى أحكام شرعية لاتثبت بدون دليل .

د – ويجاب عن هذا :

بأن العقيقة تقاس على الأضحية بجامع التقرب إلـى الله تعـالى بإراقة الدم ، ومن ثم فإنه يشترط فيها مايشترط فـى الأضحيـة وهـذه الشروط التى اشترطها الفقهاء فى العقيقة لابد من توافرها وتحققها علـى

---

[1] الشرط لغة : العلامة . قال الجرجانى : الشرط عبارة عن العلامة ، أما الشرط بفتح الراء فهو بمعنى العلامة ومنه قوله (تعالى) : " فقد جاء أشراطها " – أى علامتها – انظر : التعريفات للجرجانى : صـ١١ ، معجم مقاييس اللغة لابن زكريا : جـ٣ صـ٢٦٠ ، مفردات غريب القرآن للأصفهانى : صـ٢٥٨ ، واصطلاحا . وصـف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط ولايلزم من وجوده وجود المشروط ولا عدمه ، فالشرط بهذا المعنى أمر زائد على ماهية الفعل وإن توقف وجود الفعل على وجوده ويعدم بعدمه من غير تأثير فى وجود ذلك الفعل ومثال ذلك الطهارة شرط فى صحة الصلاة، وهى زائدة عن حقيقة الصلاة ولكن يتوقف وجود الصلاة شرعا على وجودها : كما يلزم من عدمها عدم الصلاة ولايلزم من وجودها وجود الصلاة لانه يمنع من ذلك : أن الوقت لم يدخل مثلا فتوجد الطهارة ولاتوجد الصلاة . انظر: إرشاد الفحول للشوكانى : ص٧ ط : مصطفى الحلبى ، الشرح الصغير للدردير : جـ٢ صـ٢٤٨ ط : الإدارة العامة للمعاهدة الأزهرية .

[2] الشرح الصغير للدردير : جـ٢ صـ٦٩ ، الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى لابن مهنا النفراوى : جـ١ صـ٤٥٩ ، المجموع شرح المهذب للنووى :/ جـ٨ صـ٤٠٩ ، المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٣ .

[3] نيل الأوطار للشوكانى : جـ٥ صـ١٣٨ .

الوجه الأكمل حتى يتحقق القصد منها وهو التقرب إلى الله (سبحانه وتعالى) وهذه الشروط أذكرها على النحو التالي [1]

الشرط الأول : القدرة عليها : ومعنى هذا أن العقيقة لا تجب عند من يقول بوجوبها ، أو بسنيتها على العاجز عنها ، والمقصود بالقدرة عليها عدم الحاجة إلى ثمنها لأمر ضروري وهذا هو رأى المالكية [2] ، بينما ذهب الحنابلة [3] إلى أن العقيقة تسن على القادر عليها وهو الذي يمكنه الحصول على ثمنها ، ولو بالدين ما دام يقدر على وفاء دينه .

الشرط الثاني : سلامة العقيقة من العيوب الفاحشة التي تؤدي عادة إلى نقص اللحم ، أو الإضرار بالصحة [4] كالعيوب الأربعة المتفق على كونها مانعة من التضحية وهي العور البين ، والمرض البين ، والعرج والعجف (الهزال) فلا تجزئ العوراء البين عورها ، ولا المريضة البين مرضها ، ولا العرجاء البين ضلعها ، ولا العجفاء التي اشتد هزالها وكذا كل ما كان في معناها ، أو أقبح منها كالعمى ، وقطع الرجل وشبهه لقول النبي ﷺ : " أربع لا تجوز في الأضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها ، والكسير التي لا تنقى [5] "

---

[1] انظر شروط الأضحية : نيل الأوطار للشوكاني : جـ٥ صـ١١٥ ، ١١٧ ، حاشية ابن عابدين : جـ٥ صـ٢٢٦ ، بدائع الصنائع للكاساني : جـ٥ صـ٦٩ ، الشرح الكبير للدردير :جـ٢ صـ١١٨ ، بداية المجتهد لابن رشد:جـ١ صـ٤٣٠ ، المهذب للشيرازي جـ١ صـ٣٢١ ، تحفة المودود لابن القيم:صـ٤٦،٤٧ .

[2] شرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني : جـ١ صـ٣٦٧ .

[3] كشاف القناع لابن إدريس البهوتي : جـ٣ صـ١٨ .

[4] انظر هذا الشرط : تنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي : جـ٢ صـ٤٦ .

[5] أخرجه الترمذي في سننه : جـ٤ صـ٨٥ ، ٨٦ .

الشرط الثالث : كون العقيقة فى وقت مخصص وهو بعد الولادة ومعنى هذا أنه إن تعجل فذبح قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة. وكانت ذبيحة لحم .

الشرط الرابع : نية العقيقة فلا تجزئ بدونها ، لأن الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة ، والفعل لا يقع قربة بدون النية لقول النبىﷺ : " إنما الأعمال بالنيات " [1]

الشرط الخامس : أن تكون العقيقة من الأزواج الثمانية المذكورة فى قوله تعالى : " ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين [2] " لأن العقيقة عباده تتعلق بالحيوان فتختص بالنعم كالزكاة ، ولذا فإنه لم ينقل عن النبى ﷺ ولاعن أصحابه التضحية أو العقيقة بغيرها .

وهذه هى شروط العقيقة المتفق عليها كما ذكرها الجمهور ، وذكر المالكية [3] شرطان آخران :

الشرط الأول : كون الذبح نهارا فلو ذبح ليلا لم تصح عقيقته ولعل الحكمة من اشتراط المالكية لهذا الشرط تتمثل فى الخوف من الخطأ فى الذبح ليلا ، أو لأن الفقراء لايحضرون للعقيقة بالليل كحضورهم بالنهار أو لأن الليل يتعذر فيه تفرقة اللحم فى الغالب فلا يفرق طازجا طريا فيفوت بعض المقصود .

---

(1) أخرجه البخارى فى صحيحه : جـ١ صـ٢٢١ .

(2) جزء من الآية : ١٤٣ من سورة الأنعام .

(3) الشرح الصغير للدردير : جـ٢ صـ٦٩ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٢٥٧ ، الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى لابن مهنا النفراوى : جـ١ صـ٤٥٩ .

الشرط الثانى: إسلام الذابح ومعنى هذا : أن العقيقة لا تصح بذبح كافر أنابه صاحب العقيقة .

المبحث السابع

مصرف العقيقة

إذا نظرنا إلى الحكمة التى من أجلها شرعت العقيقة عن المولود فسوف نجد أنها تتمثل فى عدة أمور نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مايلى :

أولا : أنها قربان يقرب به عن المولود فى أول أوقات خروجه إلى الدنيا.

ثانيا : أنها تفك رهان المولود ، ومن ثم فإن المقصود منها وهو القربة يتحقق بمجرد إراقة الدم أما حكم لحكمها ، وجلدها بعد إراقة دمها فهو كالضحايا قياسا عليها [1] لأنها نسيكة مشروعة غير واجبة فأشبهت الأضحية ، ولأنها أشبهتها فى صفاتها وسنها وشروطها فأشبهتها فى مصرفها وهذا يدل على أنه يسلك فى العقيقة مسلك الضحايا من حيث الجمع بين الأكل منها ، والتصدق ، والإهداء . ولكن إن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن [2] خلافا للمالكية [3] الذين يقولون بكراهة جعلها وليمة .

هذا وإذا كانت العقيقة تقاس على الأضحية بجامع أن كلا منهما إراقة دم بغير جناية ولانذر لذا فإنه يحرم بيع جلدها ، وشحمها ، ولحمها

---

[1] انظر بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ٨٠ الشرح الكبير للدردير : جـ٢ صـ١٢٢ ، بداية المجتهد لابن رشد جـ١ صـ٤٦٤ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى : صـ١٨٩ ، المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ صـ٤١٣ ، روضة الطالبين للنووى : جـ٣ صـ٤٩٩ ، المغنى لابن قدامه : جـ١١ صـ١٢٣ الإنصاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠٣ .

[2] المغنى لابن قدامه : جـ١١ صـ١٢٤ .

[3] مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٢٥٧ .

وأطرافها ، ورأسها ، وصوفها ، وشعرها ، ووبرها ، ولبنها الذى يحلبه منها بعد ذبحها لان النبىﷺ أمر بقسم جلودها ونهى عن بيعه فقال : " من باع جلد أضحيته فلا أضحية له [1] "

ولا يجوز إعطاء جلدها للذابح أو شيئا منها كأجر له لما روى عن على (رضى الله عنه) أنه قال أمرنى رسول الله ﷺ أن أقوم على ذبح (بدنة) وأن أقسم جلودها وجلالها وألا أعطى الجازر شيئا منها وقال : " نحن نعطيه من عندنا [2] " فإن أعطى الجزار شيئا لفقره ، أو على سبيل الهدية فلا بأس لأنه مستحق للأخذ فهو كغيره ، بل هو أولى لأنه باشرها وتاقت نفسه إليها .

ولصاحب العقيقة أن ينتفع بجلدها باستعماله فى البيت كجراب وسقاء ، وفرو ، وغربال ، ونحوها لما روى عن السيدة عائشة (رضى الله عنها) أنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء ، وذهب الإمام أحمد فى المنصوص عنه إلى القول : بجواز بيع الجلد والرأس والسقط على أن يتصدق بثمنه لأن الأضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فأشبهت الهدى والعقيقة شرعت عند سرور حادث ، وتجدد نعمة فأشبهت الذبيحة فى الوليمة ، ولأن الذبيحة هنا لم تخرج عن ملكه فكان له أن يفعل بها ما شاء من بيع وغيره والصدقة بثمن ما بيع منها بمنزلة الصدقة فى فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك [3]

---

[1] رواه الحاكم وقال : حديث صحيح الإسناد ، ورواه البيهقى أيضا فى سننه :جـ٩ صـ٢٩٤ انظر : نصب الراية للزيلعى : جـ٤ صـ٢١٨ .

[2] متفق عليه .

[3] المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٤ ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى : جـ٤ صـ١٠٣ .

وهو رأى وجبه لكونه يتمشى مع مصلحة الفقراء والمساكين هـذا ويستحب إعطاء القابلة من العقيقة لما فى مراسيل أبى داود أن النبـى ﷺ قال فى العقيقة التى عقتها فاطمة عن الحسن والحسين أن يبعثـوا إلـى القابلة برجل [1] . هذا ويكره عند المالكية : أن يطعم منـها يـهوديا أو نصرانيا ، وكذا يكره عندهم عملها وليمة يدعو الناس إليها [2] وسـوف يأتى بيان الحكمة التى من أجلها كرة المالكية عملها وليمة وذلـك عنـد الكلام عن مكروهات العقيقة فى المبحث الذى بعد ذلك .

[1] انظر المجموع شرح المهذب للنووى : جـ ٨ صـ ٤١١ ، تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم : صـ ٤٩ .

[2] الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى : جـ ١ صـ ٤٦٠ .

المبحث الثامن

مستحبات العقيقة ، ومكروهاتها

سوف أتكلم في هذا المبحث – إن شاء الله تعالى عن الأمور التي تسحب في العقيقة ، والتي تكره فأقول وبالله التوفيق :

أولا : ما يستحب في العقيقة :[1]

١- **يستحب في العقيقة :** أن يسمى الله تعالى عند ذبحها ويقول : " بسم الله اللهم لك وإليك عقيقة فلان [2] " قال ابن المنذر : هذا حسن وإن نوى العقيقة ولم يتكلم أجزاه (إن شاء الله)

٢- **يستحب في العقيقة :** أن تفضل أعضاؤها ولايكسر شئ من عظامها تفاؤلا بسلامة أعضاء المولود ، لما روى عن عائشة (رضى الله عنها) أنها قالت : " السنة شاتان مكافئتان عن الغلام وعن الجارية شاة " [3] وكان عطاء يقول : تطبخ جدولا [4] ولا يكسر عظم ، ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك في يوم السابع".

---

[1] انظر مستحبات العقيقة : مواهب الجليل للحطاب : جـ٣ صـ٤٥٧ ، الفواكه الدواني في شرح رسالة القيرواني : جـ١ صـ٤٦٠ ، المجموع شرح المهذب للنووي : جـ٨ صـ٤٠٦ – ٤١٠ – ٤١١ – ٤١٢ – ٤١٤ ،روضة الطالبين للنووي : جـ٣ صـ٥٠٠ ، المغني لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٤ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي : جـ٤ صـ١٠٤ ، تحفة المودود لابن القيم :٣٦ – ٤١- ٤٣ – ٤٤ – ٤٩ .

[2] رواة البيهقي بإسناد حسن : جـ٩ صـ٣٠٤

[3] أخرجه الترمذي في سننه : جـ٤ صـ٩٧ ، والبيهقي في سننه : جـ٩ صـ٣٠٢ .

[4] جدولا : أي لا يكسر لها عظم ، وإنما تطبخ عضوا عضوا . انظر المغني : جـ١١ صـ١٢٤ .

٣- ويستحب فيها أن لا يتصدق بلحمها نيا بل يطبخه وفيما يطبخ به وجهان أحدهما : بحموضة نقله البغوى عن الإمام الشافعى لحديث ابن عبد الله ، وفيه أن النبىﷺ قال : " نعم الإدام الخل [1] " .

والثانى : وهو أصحهما وأشهرهما وبه قال : الجمهور وهو أنه يطبخ بحلو تفاؤلا بحلاوة أخلاقه ، وقد ثبت فى الصحيح أن النبى ﷺ " كان يحب الحلوى والعسل " والحكمة من استحباب طبخها كما يقول العلامة ابن القيم : أنه إذا طبخها فقط كفى المساكين والجيران مؤنة الطبخ ، وهو زيادة فى الإحسان وفى شكر هذه النعمة ويتمتع الأولاد والمساكين بها مكفية المؤنة.

٤- ويستحب أن يأكل منها ، ويتصدق منها بعد الطبخ وقبله ويهدى لحديث عائشة الذى سبق ذكره .

٥- ومن مستحباتها : إعطاء القابلة من رجل العقيقة لما روى فى سنن البيهقى عن على رضى الله عنه أن رسول ﷺأمر فاطمة (رضى الله عنها) فقال : زنى شعر الحسين وتصدقى بوزنه فضة وأعطى القابلة برجل العقيقة [2] " .

٦- ومن مستحباتها كون ذبحها فى صدر النهار ، وهو وقت الضحى إلى الزوال وهذا على أظهر الأقوال إلحاقا لها بالهدايا ، لأنها ليست تابعة للصلاة حتى تلحق بالضحايا ، فإن فعلت بعد الفجر وقبل طلوع

---

(١) أخرجه مسلم فى صحيحه : جـ١٤ صـ٦ .

(٢) أخرجه البيهقى فى سننه : جـ٩ صـ٣٠٢ .

الشمس أجزأت مع مخالفة المستحب ، وقد اختلف أصحاب مالك [1] في وقتها والصحيح : أن الوقت ثلاث : مستحب : وهو وقت الضحى إلى الزوال ، ومكروه : وهو بعد الزوال إلى الغروب وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، وممنوع : وهو أن يذبح ليلا .

٧- ومن مستحباتها : أن فعلها أفضل من التصدق بثمنها ، لأنها سنة ونسيكة مشروعة بسبب تجدد نعمة الله على الوالدين ، وفيها سر بديع مورث عن فداء إسماعيل بالكبش الذى ذبح عنه وفداه الله به فصار سنة فى أولاده بعده أن يفدى أحدهم عند ولادته بذبح يذبح عنه ولايستنكر أن يكون هذا حرزا له من الشيطان بعد ولادته كما كان ذكر اسم الله عند وضعه فى الرحم حرزا له من ضرر الشيطان، ولهذا قال من يترك أبواه العقيقة عنه إلا وهو فى تخبيط من الشيطان. فكان الذبح فى موضعه أفضل من الصدقة بثمنه ولو زاد من الهدايا والأضاحى فإن نفس الذبح وإراقة الدم مقصود [2] فإنه عبادة مقرونة بالصلاة كما قال تعالى " فصل لربك وانحر [3] " وقال:" قل إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين[4]".

٨- ومن مستحباتها : أن تكون الشاتان فى عقيقة الذكر متساويتين لقول أم المؤمنين عائشة (رضى الله عنها) : " السنة شاتان متكافئتان عن الغلام تشبه إحداهما الأخرى لأن كل شاة منهما بدلا وفداء ، ومعنى

---

(1) نيل الأوطار للشوكاني : جـ٥ صـ ١٣٨ ، مواهب الجليل للحطاب : جـ٤ صـ٢٥٧ .

(2) تحفة المودود بأحكام المولود لابن القيم : صـ٣٦ - ٣٧ .

(3) الآية ٢ من سورة الكوثر

(4) الآية : ١٦٢ من سورة الأنعام .

هذا أن الفداء لو وقع بالشاة الواحد لكان ينبغى أن تكون فاضلة كاملة، فلما وقع بالشاتين لم يؤمر أن يتجوز فى إحداهما ويهون أمرها إذ كان قد حصل الفداء بالواحدة والأخرى كأنها تتمة غير مقصودة فشرع أن تكونا متكافئتين دفعا لهذا التوهم [١]

ثانيا : مكروهاتها :

يكره [٢] أن يلطخ رأس المولود بدم العقيقة لما روى عن عائشة (رضى الله عنها) أنها قالت " كانوا فى الجاهلية يجعلون قطنة فى دم العقيقة ، ويجعلونها على رأس المولود فأمرهم النبى ﷺ " أن يجعلوا مكان الدم خلوقا "[٣] وهذا قول : الجمهور ، مالك والشافعى ، وأحمد وابن المنذر .

وحكى عن الحسن وقتاده : أنه مستحب ، ونقله ابن حزم عن ابن عمر ، وعطاء لما روى عن سمرة بن جندب أن النبى ﷺ قال : " الغلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم السابع ويدمى " .

ويجاب عن هذا : بأن الرواية الصحيحة لهذا الحديث : " ويسمى " بدلا من " ويدمى " هكذا قال سلام ابن أبى مطيع ، وقتادة ، وإياس عن الحسن وقد وهم همام فقال : "ويدمى" ، وقد قيل هو تصحيف من الراوى[٤] ولهذا قال ابن عبد البر لا أعلم أحد قال هذا : إلا الحسن

---

[١] روضة الطالبين للنووى : جـ٣ صـ ٥٠٠ ، تحفة المودود لابن القيم : صـ٤١ .

[٢] انظر مكروهات العقيقة : المجموع شرح المهذب للنووى : جـ٨ صـ٤١٣ ، المغنى لابن قدامه جـ١١ صـ١٢٢، ١٢٣ .

[٣] خلوقا : يعنى زعفرانا – والحديث أخرجه البيهقى فى سننه : جـ٩ صـ٣٠٢ .

[٤] المغنى لابن قدامة : جـ١١ صـ١٢٣ .

وقتادة، بل عند ابن أبى شيبه بسند صحيح أنه كره التدمية ، وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه [١]

ومن هنا فإننى أرى أن الرأى الراجح : هو الرأى القائل : بكراهة تلطيخ رأس الصبى بدم العقيقة لنهى النبى ﷺ عن ذلك فى قوله : " مع الغلام عقيقة فأهر يقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى " [٢] ولقول عبد الله بن بريدة عن أبيه أنه قال : كنا فى الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ، ويلطخ رأسه بدمها فلما جاء الإسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأس ، ونلطخه بزعفران [٣] وهذا يقتضى أن لا يمس رأسه بدم لأنه أذى .

٢- وتكره العقيقة بالشرقاء (المشقوقة الأذن) والخرقاء (التى يخرق أذنها الوشم والمدابرة (التى يقطع شئ من مؤخر أذنها) والقابلة (التى يقطع شئ من مقدم أذنها) لقول سيدنا على بن أبى طالب (رضى الله عنه) أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن ، وأن لا نضحى بمقابلة ، ولا مدابرة ، ولا شرقاء ، ولا خرقاء [٤] وكذا تكره العقيقة: " بالمجزورة التى جز صوفها قبل الذبح لينتفع به " والحولاء (التى فى عينها حول) .

---

[١] المرجع السابق ، وانظر : فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر : جـ٢٠ صـ ٣٠٠ .

[٢] سبق تخريجه.

[٣] أخرجه أبو داود فى سننه : جـ٨ ص ٣٣ .

[٤] أخرجه الترمذى فى سننه : جـ٤ صـ٨٦ ، ومعناه : أن يشرف على الأذن والعين ويتأملهما كي لا يقع فيهما نقص وعيب ، والمقابلة : شاة قطعت أذنها من قدام وتركت معلقة ، والمدابرة : هى التى قطعت أذنها من جانب والشرقاء : مشقوقة الأذن طولا ، والخرقاء : التى فى أذنها خرق مستدير . انظر : بدائع الصنائع للكاسانى : جـ٥ صـ ٧٦ ٧٨ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى : صـ١٨٩ ، المهذب للشيرازى : جـ١ صـ٢٣٨ - ٢٣٩ .

٣- وزاد المالكية أمرا آخر : وهو أنه يكره عملها وليمة [١] يدعو الناس إليها ، ولعل وجهة نظرهم فى كراهة عملها وليمـــة : تتمثـل فــى مخالفة فعل السلف ، ولخوف المباهاه والمفاخرة ، بـــل المطلــوب إطعام كل أحد فى محله .

ولوقع عملها وليمة أجزأت ، وإن كرهت ، ولذا فإنـه لا يطــالب بإعادتها .

[١] الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروان لابن مهنا النفراوى : جـــ١ صـــ ٤٦٠ .

الخاتمـة

وتشتمل على بيان أهم النتائج التى توصلت إليها فى هذا البحـث وتوصياتي فيه

أولا : أهم النتائج التي توصلت إليها :

١- العقيقة هى : ما تذبح من النعم فى سابع ولادة المولود .
٢- عدم كراهة تسيمة العقيقة باسمها المتعارف عليها .
٣- العقيقة سنة عن النبى ﷺ .
٤- العقيقة شرعت شكرا لله تعالى وإظهار لنعمته .
٥- السنة فى العقيقة عن الذكر شاتان وعن الأنثى واحدة .
٦- العقيقة لاتكون إلا بأى جنس من الأجناس الثلاثة (الإبل ، أو البقر أو الغنم) ويدخل فى كل جنس نوعه ، والذكر والأنثى منه .
٧- استحباب العقيقة يوم سابع ولادة المولود .
٨- يستحب فى العقيقة أن يجمع صاحبها بين الأكـل منـها والتصـدق والإهداء لكن إن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن .

ثانيا : توصياتي فيه :

أوصى المسلمين باتباع سنة النبى ﷺ فى العقيقة عن المولود مـا استطاعوا إلى ذلك سبيلا فإن الخير كل الخير فى اتباع سـنة النبـى ﷺ والتأسى به فى قوله ، وفعله .

كما أوصيهم بألا يتكاسلون عن ذبح العقيقة أو يؤخروها عن وقتها المستحب نظرا لما فيها من أجر جزيل ، وثواب عظيم . وفـى النهايـة

أوصى رجال الدعوة والإعلام فى بلاد المسلمين بأن يذكروا الناس بهذه السنة العظيمة وأن يبينوا حكمها لهم حتى لايتركوها بسبب جهلهم بها وعدم علمهم بما فعله النبى ﷺ وأمرنا به . وبعد .

فإننى إذ أضع هذا الجهد المتواضع خدمة منى للفقه الاسلامى أود أن أنبه إلى أننى بشر خطى وأصيب فإن كنت قد أصبت فلله الحمد والمنة ، وهذا من فضل الله (تعالى) على وإن كنت قد أخطأت فحسبى أنى بشر أخطئ وأصيب والعصمة ليست لأحد بعد سيدنا رسول الله ﷺ وما أحسن قول العماد الأصفهانى فى هذا المقام حيث قال : إنى رأيت أنه لايكتب أحد كتابا فى يومه ألا قال فى غده : لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على كافة البشر .



مراجعة البحث

هذه قائمة بأهم المراجع التى استعنت بها فى إعداد هذا البحث

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
١	أولا : القرآن الكريم المنزل من لدن حكيم عليم		
	ثانيا : كتب الحديث وعلومه		
٢	تلخيص الحبير	العلامة ابن حجر العسقلانى	شركة انطباعة الفنية المتحدة
٣	تنوير الحولك شرح موطأ مالك	الإمام السيوطى	مطبوع مع الموطأ بمطبعة مصطفى الحلبى
٤	زاد المعاد فى هدى خير العباد	للعلامة ابن القيم	المكتب التوفيقية
٥	سنن ابن ماجه	أبو عبد الله القزوينى	دار الريان للتراث
٦	سنن ابن داود	أبو داود السجستانى	دار الكتب العلمية - بيروت
٧	سنن الترمذى	أبو عيسى الترمذى بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى	دار الحديث
٨	سنن النسائى	أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائى	دار الكتب العلمية ببيروت
٩	صحيح البخارى	أبو عبد الله البخارى	مكتبة القاهرة
١٠	صحيح مسلم	الإمام مسلم	دار الريان للتراث
١١	فتح البارى بشرح صحيح البخارى	ابن حجر العسقلانى	مكتبة القاهرة

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
١٢	الموطأ	الإمام مالك ابن أنس	دار إحياء الكتاب العربى (عيسى الحلبى)
١٣	نصيب الراية لأحاديث الهداية	الزيلعى	المأمون بشبرا
١٤	نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار	الإمام الشوكانى	مكتبة الدعوة الإسلامية
	ثالثا : كتب الفقه **أ- الفقه الحنفى**		
١٥	بدائع الصنائع	الإمام الكاسانى	دار الكتب العلمية - بيروت
١٦	حاشية ابن عابدين المسماة برد المحتار على الدر المختار	ابن عابدين	دار إحياء التراث العربى بيروت
	ب- الفقه المالكى		
١٧	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	ابن رشد	مصطفى الحلبى
١٨	حاشية الدسوقى	محمد عرفة الدسوقى	عيسى الحلبى
١٩	الشرح الصغير	سيدى أحمد الدردير	الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية
٢٠	الشرح الكبير	سيدى أحمد الدردير	دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبى
٢١	الفواكه الدوانى فى شرح رسالة القيروانى	ابن مهنا النفراوى	مصطفى الحلبى
٢٢	قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية	ابن جزى المالكى	عالم الفكر

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
٢٣	مواهب الجليل في شرح مختصر خليل	الحطاب	عالم الفكر
	جـ- الفقة الشافعي		
٢٤	الحاوى الكبير	الماوردى بتحقيق / طلبة عبد العال طلبة	رسالة ماجستير بكلية/الشريعة والقانون بأسيوط سنة ١٩٩٠
٢٥	الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع	الخطيب الشربيني	عيسى الحلبى
٢٦	روضة الطالبين	للإمام النووى	المكتب الإسلامي للطباعة والنشر
٢٧	المجموع شرح المهذب	للإمام النووى	دار الفكر للطباعة
٢٨	المهذب	أبو إسحاق الشيرازى	مصطفى الحلبى
٢٩	النظم المستعذب في شرح غريب المهذب	ابن بطال الركبى	مطبوع بذيل المهذب ط . مصطفى الحلبى
	د - الفقه الحنبلي		
٣٠	الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف	علاء الدين المرداوى	دار الكتب العلمية - بيروت
٣١	تحفة المودود بأحكام المولود	العلامة ابن القيم	الناشر المكتبة القيمة بالقاهرة
٣٢	كشاف القناع	ابن إدريس البهوتى	دار الفكر - بيروت
٣٣	المغنى	ابن قدامه الحنبلى	دار الكتب العلمية
	هـ الفقه الظاهرى		
٣٤	المحلى	ابن حزم	مكتبة دار التراث
٣٥	الفقه الإسلامي وأدلته	د/ وهبة الزحيلى	دار الفكر

م	المرجع	المؤلف	المطبعة
	رابعا : كتب أصـــول الفقــه وقواعده		
٣٦	إرشاد الفحول	الشوكانى	مصطفى الحلبى
٣٧	الأشباه والنظائر فى الفروع	الإمام السيوطى	دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
	خامسا : كتب اللغة		
٣٨	الشوقيات	أمير الشعراء أحمد	
٣٩	مختار الصحاح	الرازى	الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية
٤٠	المعجم الوجيز	صادر من مجمع اللغة العربية	الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

خيار الإجازة لتصرفات الفضولي

إعـــداد

علي أحمد علي مرعي

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

"خيار إجازة تصرفات الفضول "

ويتناول فى هذا البحث أهم مسائله من بيان معنى الفضولى، وحكم تصرفاته من حيث الصحة وعدمها وأراء الفقهاء فى خيار الإجازة، ومن يثبت له هذا الخيار، وشرط ثبوته، ومدة الخيار، والأشياء التى ينتهى بها هذا الخيار، وما يترتب على فسخ التصرف إستنادا إلى هذا الخيار. مقررا كل واحد بمطلب خاص به.

المطلب الأول

معنى الفضولي

قال صحاب القاموس[1] " الفضولى بالضم المشتغل بما لا يعنيه"

وقال صاحب المصباح[2] " فضل فضلا من باب بقى وفى لغة فضل يفضل من باب تعب وفضل بالكسر يفضل بالضم لغة ليست بالأصل ولكنها على تداخل اللغتين وفضل فضلا من باب قتل أيضا زاد وخذ الفضل أى الزيادة والجمع فضول مثل فلس وفولس وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فى مالا خير فيه ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولى يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد".

---

(١) القاموس المحيط مادة فضل.

(٢) المصباح المنير مادة فضل.

هذا عن معنى الفضولى فى اللغة.

أما فى اصطلاح الفقهاء[1] فالمراد به الشخص الذى ينصرف فى حق غيره بغير إذن شرعى فخرج من بتصرف فى حق نفسه فليس بفضولى ما دام أهلاً للتصرف الذى يباشره، وخرج بقيد عدم الإذن الشخص الذى يتصرف فى حق غيره مستنداً فى تصرفه إلى إذن كالولى والقاضى والوكيل ونحوهم وتقيد الإذن بالشرع خرج به إذن من حجر عليه ثم أذن لأجنبى فى تصرف لا يملكه فهذا إذن غير معتبر شرعاً فيكون بمنزلة العدم.

المطلب الثانى

حكم تصرفات الفضولى من حيث الصحة وعدمها

. وسنقتصر فى بحثنا هنا على البيع والشراء لأن ما سواهما من التصرفات يأخذ حكمهما فى الجملة .

ونبين أولاً حكم بيع الفضولاً ثم نبحث حكم شرائه.

آراء الفقهاء فى بيع الفضولى.

اختلف الفقهاء فى هذا على مذهبين.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه جـ ٤ صـ ١٤١ـ والبحر الرائق جـ٥ صـ ١٦٠.

الأول: أن بيع الفضولي غير صحيح وممن ذهب إلى هذا ابن حزم[1] وبعض الشيعة، وهو المعتمد من مذهب الشافعية والحنابلة.

المذهب الثاني أن بيع الفضولي صحيح وممن ذهب إلى هذا المالكية[2] والقاسمية وهو الصحيح من مذهب الحنفية وإليه ذهب[3] الشافعي في قول مرجوح وأحمد في رواية وبعض الشيعة.

الأدلة

استدل من ذهب إلى بيع الفضولي غير صحيح بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ﴾ [4].

وجه الدلالة أن الآية الكريمة أفادت بطريق الحصر أن كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره فلو صح تصرف الفضولي لكان في

---

(١) المحلى جـ ٨ صـ ٤٣٤، البحر الزخار جـ٣ صـ ٣٠٥، وما بعدها، المختصر النافع صـ ١٤٢، المجموع جـ ٩ صـ ٢٨١،المغني جـ ٤ صـ ٢٠٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٣ صـ ١٢، البحر الرائق جـ ٦ صـ ٧٦.

(٣) المشهور من المذهب الشافعي أن تصرف الفضولي باطل ومقابله أنه موقوف وقد اختلف الشافعية في تفسير الوقف على رأيين أحدهما أن الموقوف الصحة فإن أجيز صح وإلا تبين بطلانه، الثاني : أن الصحة ناجزة والموقوف الملك فإن أجيز التصرف حصل الملك وإلا لم يحصل وحكى هذا النووي عن إمام الحرمين، هذا والقول بالصحة والوقف قول الشافعي في المذهب القديم وقول له في الجديد أيضا جـ٩ صـ ٢٨٤، وحاشية الشبراملسي جـ ٣ صـ ٤ وحاشية عميرة جـ ٢ صـ ١٦٠.

(٤) سورة الأنعام آية : ١٩٤،.محلى جـ ٨ صـ ٤٣٥.

ذلك إسناد كسف الإنسان إلى غيره وهذا يتنافى مع ما دلت عليه الآية الكريمة.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية ليست فى محل النزاع لأنها واردة فى الجزاء الأخروى.

ويجاب عن هذا بأن قوله تعالى نكسب فعل وهو بمنزلة النكرة وهى فى سياق النفى تعم فتكون الآية الكريمة عامة.

وأما السنة فمنها ما رواه الخمسة[1] عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما أبيعه ثم أبتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك.

وجه الدلالة من الحديث الشريف[2]، أن الرسول ﷺ نهى حكيم ابن حزام عن بيع ما ليس فى ملكه والمبيع فى بيع الفضولى ليس ملكا لمن باشر البيع فيكون منهيا عنه والنهى يدل على الفساد فيكون بيع مال الغير بغير إذن فاسدا.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الحديث الشريف ليس فى محل النزاع لأن قوله ﷺ لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل

(١) المراد بهم أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وأحمد راجع سبل السلام جـ ١ صـ ١٢، جـ ٣ صـ ١٦.

(٢) المغنى جـ ٤ صـ ٢٠٦.

والكامل هو البيع البات وليس محلا للنزاع بل النزاع فى البيع الموقوف[1].

ويجاب عن هذا بأن الفعل فى سياق النفى وشبه يعم.

ومن السنة ما رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه بسندهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك ولا وفاء نذر إلا فيما تملك.

وجه الدلالة[2] من الحديث الشريف أن النبى ﷺ نفى بيع ما يملكه الإنسان فيتوجه النفى إلى الصحة لأنها أقرب المجازات فيكون بيع ما ليس مملوكاً للبائع غير صحيح.

وأما المعقول فلأن المبيع لكونه غير مملوك لمن باشر العقد يكون غير مقدور على تسليمه شرعاً فلا يصح كبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء[3].

واستدل من ذهب إلى أن بيع الفضولى صحيح بالكتاب والسنة والمعقول.

---

(١) شرح العناية جـ ٥ صـ ٣١١.

(٢) المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٦.

(٣) المرجع السابق جـ ٩ صـ ٢٨٦.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وأحل الله البيع** ﴾ والبيع عام يتناول كل بيع ويدخل فى هذا بيع الفضولى فإنه بيع فيكون حلالا.

ويناقش هذا الاستدلال بأنه قد قام الدليل على عدم صحة بيع الفضولى فيكون خارجا من حكم الآية الكريمة.

ومن استدلال الذاهبين إلى الصحة بالكتاب قوله تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾ [1] فقد أباح تعالى التجارة إذا كانت عن تراض ويدخل فى هذا بيع الفضولى لأنه تجارة عن تراض.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الآية الكريمة دليل على نفى الصحة لعدم وجود التراضى من مالك المبيع وقت العقد ولو سلم فتقييد التجارة بالتراضى لا يدل على نفى ما عداه من القيود.

واستدل الذاهبون إلى الصحة من الكتاب أيضا بقوله تعالى : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾ ومن باشر البيع لغيره قصد بفعله البر والإحسان إلى المالك وهذا من التعاون على البر والتقوى.

ويناقش هذا بأن[2] الإنسان إذا باع مال غيره بغير إذنه يكون متعديا لأنه قد أفتات على المالك وهذا ليس من البر فى شئ بل إثم وعدوان ، وأما السنة فما رواه البخارى وأبو داود وأحمد بسندهم عن

---

(١) سورة المائدة آية: ٢.

(٢) المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٦.

عروة بين أبى الجعد البارقى أن النبى ﷺ [1] أعطاه دينارا ليشترى به له شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداها بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة فى بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

وجه الدلالة أن عروة ﷺ قد باع مالا مملوكا لغيره بغير إذنه لأن النبى ﷺ إنما أذن لعروة بشراء شاة ولم يأذن له بالبيع وقد أقر الرسول ﷺ ما فعله عروة بل ودعا له بالبركة، فلو كان البيع غير صحيح ما أقره الرسول.

ويناقش هذا الاستدلال بأن عروة ﷺ لم يكن فضوليا فى البيع بل كان وكيلا عن الرسول ﷺ وكالة مطلقة بدليل أنه باع الشاة وسلمها بدون إذن [2] .

ومن السنة ما رواه الترمذى بسنده عن حكيم بن حزام أن النبى ﷺ بعثه ليشترى له أضحية بدينار فاشترى أضحية فأربح فيها دينارا فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال ضح بالشاه وتصدق بالدينار.

وجه الدلالة أن الصحابى باع مال الغير بغير إذن منه وقد أقره الرسول فدل على صحته.

---

(١) نيل الأوطار جـ ٥ صـ ٢٧٠.

(٢) المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٦.

ويناقش هذا بأن فى إسناد الأثر المذكور انقطاعا لأن الترمذى رواه بسنده عن حبيب بن ثابت عن حكيم بن حزام وبين ابن أبى ثابت وحكيم انقطاع ولو سلم فالحديث محمول على أن الصحابى كان وكيلا وكالة مطلقة لما تقدم فى حديث عروة[١].

وأما المعقول فلأن من باشر العقد أهل لمباشرته إياه والمبيع مال متقوم فيصح البيع قياسا على بيع المالك بجامع أن التصرف فى كل صدر من أهله فى المحل القابل له[٢].

ويناقش هذا بأن التصرف صدر من غير أهله لأن من شرط البائع أن يكون له ولاية على المبيع وعلى هذا فقياس بيع الفضولى على بيع المالك قياس مع الفرق لأن المالك له ولاية على المبيع بخلاف الفضولى.

والراجح القول بأن بيع الفضولى غير صحيح لما تقدم فى أدلة أصحاب المذهب الأول ولما رواه الترمذى والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب ابن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عنى أربع خصال ومنها ولا تبع مالم تملك [٣].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) البحر الرائق جـ ٦ صـ ١٦٠.

(٣) المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٦.

هذا كله فى بيع الفضولى أما شراؤه ففيه تفصيل حاصله أن الفضولى إما أن يضيف الشراء إلى الغير الذى يشترى له أولا وعلى كل إما أن يكون الثمن من مال الفضولى أو من مال المشترى له وإن كان من مال المشترى له فإما أن يكون الثمن عينا معينة أو يكون فى الذمة.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إن كان الثمن من مال الفضولى ولم يضف التصرف إلى الغير أو كان الثمن من مال الغير وكان فى الذمة، ولم يضف الفضولى التصرف إلى غيره اتفقوا على أن التصرف فى هاتين الحالتين صحيح واختلفوا فيمن يقع له الشراء.

ففى الحالة الأولى وهى ما إذا كان الثمن من مال الفضولى ولم يضف التصرف إلى غيره، كأن يقول الفضولى للبائع اشتريت منك هذا الشئ بكذا وينوى أن الشراء لفلان ذهب الجمهور[1] إلى أن الشراء ينفذ على من باشره أى يقع للفضولى.

وظاهر [2] مذهب المالكية أن الشراء موقوف على إجازة المشترى له، وفى الحالة الثانية وهى ما إذا كان الثمن من مال المشترى له وكان فى الذمة ولم يضف الفضولى العقد إلى غيره لكن نوى ذلك ذهب الحنفية والشافعى فى الجديد إلى أن الشراء ينفذ على من باشره

(١) البحر الرائق جـ ٦ صـ ١٦١، المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٣، المغنى جـ ٤ صـ ٢٠٥.

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ صـ ١٧١.

والشافعى فى الجديد إلى أن الشراء ينفذ على من باشره وذهب المالكية[1] والشافعى فى القديم إلى أن الشراء موقوف على إجازة المشترى له.

استدل الحنفية ومن وافقهم على وقوع الشراء لمن باشره بقوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾[2] وقوله تعالى : ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ [3].

وجه الدلالة من الآيتين أنهما أفادتا أن كسب الإنسان وسعيه يكون له لا لغيره، وشراء الشخص كسبه وسعى له حقيقة فيقع له لا لغيره.

واستدل المالكية ومن وافقهم على أن الشراء موقوف على الإجازة بحديث عروة السابق وقد سبق مناقشة الاستدلال بالحديث.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم لأن الأصل أن تصرف الإنسان يكون لنفسه لا لغيره حيث لم يمنع من ذلك مانع.

وفيما عدا هاتين الحالتين اختلف فقهاء المذاهب فى صحة الشراء فإن أضاف الفضولى الشراء إلى غيره الذى يشترى له كأن يقول للبائع اشتريت منك هذا الشئ لفلان بكذا فيقبل البائع على وفق هذا فحكم هذا

---

(١) وعند المالكية والشافعى فى القديم إن كان الثمن فى الذمة ولم يضف الفضولى الشراء إلى غيره فالشراء موقوف كما سبق فإن أجازه المشترى له نفذ عليه أما إن رد فعند المالكية يبطل العقد من أصله وعند الشافعى يقع لمن باشر.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

(٣) سورة النجم الآية ٣٩.

الشراء حكم[1] البيع أى يكون فاسدا عن الشافعية والحنابلة فى الراجح من المذهبين ويكون صحيحا موقوفا عند الحنفية والمالكية سواء كان الثمن من مال الفضولى أو من مال المشترى له وأدلة كل من الفريقين تعلم من ما مر فى البيع.

وإن لم يضف الفضولى الشراء إلى الغير فإن كان الثمن من مال الفضولى فقد تقدم فى محل الوفاق وإن كان الثمن من مال الغير الذى يشترى له الفضولى فإن كان فى الذمة فقد تقدم فى محل الوفاق أيضا وإن كان الثمن عينا معينة فحكمه حكم البيع على الخلاف السابق فيه[2].

---

(١) المجموع جـ ٩ صـ ٣٨٢، المغنى جـ ٤ صـ ٢٠٥، البحر الرائق جـ٦ صـ ١٦٢.

(٢) إن أضاف الفضولى الشراء إلى غيره كان العقد فاسدا عند الشافعية فى الجديد وموقوفا فى القديم كما تقدم فإن كان الثمن من مال الفضولى والفرض إنه أضاف الشراء إلى غيره، فللشافعية وجهان أحدهما أن العقد فاسد من أصله وثانيهما أنه صحيح وينفذ على من باشر العقد أى يقع للفضولى ووجهوا هذا بأن إضافة الشراء إلى غير من يباشره لغوا واللغو لا حكم له فيصبح القد وتلغو الإضافة.

وإن اشترى الفضولى شيئا لغيره بعين من مال ذلك الغير فالعقد صحيح موقوف عند الحنفية والمالكية وقول للشافعى ورواية عن أحمد فإن رد المشترى له البيع إنفسخ وإن أجازه فقد اختلفوا فذهب المالكية والشافعية والحنابلة بناء على أن العقد موقوف ذهبوا إلى أن الشراء يقع لمالك العين وذهب الحنفية إلى أنه بإجازة المالك ينفذ الشراء على من باشره أى يقع للفضولى لأنه إذا لم يضف الشراء إلى غيره يكون مشتريا لنفسه غاية الأمر أنه نقد الثمن من مال الغير فإن أجاز ذلك الغير فقد أذن لمن باشر العقد فى نقد الثمن فيقع الشراء للمباشر ويغرم للمالك بدل ماله من مثل إن كان مثليا أو قيمه إن لم يكن من ذوات الأمثال وهذا معنى قول الحنفية أن الإجازة نقد لا إجازة عقد ـ راجع البحر الرائق جـ ٦ صـ ١٦٠، وفتح القدير جـ ٥ صـ ٣١٢.

المطلب الثالث

مآل بيع الفضولي وشرائه عند القائلين بالصحة

من ذهب إلى أن تصرف الفضولي صحيح وإنه موقوف على معنى أن التصرف وإن كان صحيحا لكن لا تترتب عليه آثاره في الحال بل يتوقف ذلك على نظر صاحب الحق في التصرف أي من وقع له فيكون هذا بالخيار بين أن يجيز التصرف أو يرده، ونبحث فيما يلي آراء الفقهاء في مشروعية هذا الخيار ومن يثبت له وشرط ثبوته ومدته وما ينتهي به.

آراء الفقهاء في مشروعية خيار الإجازة.

تقدمت آراء الفقهاء في تصرفات الفضولي وتقدم أيضا دليل كل على الفساد أو الصحة.

وعلى القول بفساد تصرفات الفضولي لا يكون للخيار فائدة " شرعا فلا يثبت.

وإنما القول بمشروعية الخيار مبني على القول بصحة تصرفات الفضولي .

ودليل مشروعية الخيار في هذا الحال دفع الضرر فإنه مما لا شك فيه أن الإنسان إذا تصرف تصرفا يتعلق به حق لغيره وقلنا إن هذا الصرف يلزم الغير كان في هذا اضرار به والضرر منهي عنه.

من يثبت له الخيار.

الذاهبون إلى أن بيع الفضولي وشراءه صحيحان موقوفان على الإجازة اتفقوا على أن الخيار بين الإجازة والرد يثبت لمن له ولاية إنشاء التصرف فيثبت الخيار لصاحب الولاية على المبيع إن كان التصرف بيعا ويثبت للمشترى له إن كان التصرف شراء.

وأختلفوا فى ثبوت الخيار للفضولي والمتعاقد معه.

فذهب الحنفية إلى أن الخيار يثبت للفضولي والمتعاقد معه وذهب المالكية إلى أن الخيار لا يثبت للفضولي ولا للمتعاقد معه بل يكون التصرف لازما بالنسبة لهما.

استدل الحنفية بأن الفضولي والمتعاقد معه هما اللذان باشرا العقد وحقوقه ترجع إليهما فلو قلنا بلزوم التصرف فى حقهما كان فى ذلك ضرر لهما فيثبت لهما الخيار لدفع الضرر(١).

واستدل المالكية بأن الفضولي والمتعاقد معه قد باشرا العقد مختارين فيكون ذلك رضا منهما بما يترتب على التصرف.

ويناقش هذا بأنه لا يلزم من الإقدام على التصرف الرضى بالضرر.

---

(١) شرح العناية جـ ٧ صـ ٣١٢.

والراجح ما ذهب إليه الحنفية لأن من باشر العقد قد يندم ويريد أن يتدارك ندمه ويدفع العهدة عن نفسه فيثبت له الخيار كما ثبت لمن وقع له التصرف.

شرط ثبوت الخيار

يشترط لثبوت الخيار عند من يقول به شروط أهمها ما يلي :

١- أن يكون للتصرف الذى صدر من الفضولى من يملك إجازته حين العقد[1] لأن تصرف الفضولى يصح بناء على أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وما لا مجيز له لا يتصور الإذن بـه فـى الحـال والإذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فلا ينعقد التصرف مـع الشك، وإذا لم ينعقد فلا تلحقه الإجازة بعد ذلك لأن الإجـازة إنمـا تلحق المنعقد من التصرفات.

٢- ألا[2] يتجد العاقد بأن يبيع الفضولى مال الغير لنفسه لأن الأصـل أن تعدد العاقد شرط لانعقاد البيع فإذا اتحد العاقد فات شرط الانعقـاد فلا تلحق الإجازة بعد ذلك لما تقدم.

٣- ألا [3] يكون الثمن والمثمن من الأعيان المملوكة لمن وقـع لـه العقد كأن يكون لرجل عرضان ويغصب أحدهما شخص ويغصـب

---

(١) البدائع جـ ٦ صـ ٣٠٢١، المجموع جـ ٩ صـ ٢٨٣.

(٢) الدر المختار جـ ٤ صـ ١٤٢.

(٣) الدر المختار جـ ٤ صـ ١٤٣.

الآخر شخص آخر ثم يبيع كل واحد من الغاصبين ما غصبه للآخر فلا ينعقد التصرف لأن فائدة البيع ثبوت الملك في المبيع للبائع والملك هنا حاصل بدون هذا التصرف فلا ينعقد لعدم الفائدة وإذا لم ينعقد لم يثبت الخيار.

٤- ألا يشترط الفضولي الخيار لمن وقع له القعد لأن الخيار يثبت له بلا شرط غير مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له مدة محدودة مشتملا على الضرر فيكون شرطا فاسدا فيفسد العقد فلا يثبت الخيار.

٥- أن يكون من وقع له العقد كامل الأهلية فلو كان معدوم الأهلية كالمجنون أو ناقصها كالصغير المميز لم ينعقد تصرف الفضولي، ذكر هذا صاحب الدر من الحنفية وتعقبه العلامة ابن عابدين فقال " وجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولي أو كان في ولاية قاض لأنه يصير عقدا له مجيز وقت العقد فيتوقف"[1].

ويتلخص مما ذكرناه أن شرط ثبوت الخيار أن يكون التصرف منعقداً فإن فات انعقاده لسبب من الأسباب فلا يثبت الخيار لأنه لا يلحق غير المنعقد من التصرفات.

مدة هذا الخيار:

---

[1] الدر المختار جـ ٤ صـ ١٤٢.

اتفق القائلون بثبوت الخيار على أنه ليس له وقت محدود يبدأ عنده بل يكون لمن وقع له التصرف الخيار بين الإجازة والرد من وقت علمه بالتصرف ولو تأخر هذا عن وقت إنشاء التصرف كما يثبت الخيار لمن باشر التصرف من الفضولى والمتعاقد معه من وقت إنشاء التصرف عند من يرى ثبوت الخيار للمباشر.

واختلف الذاهبون إلى ثبوت الخيار فى قدر المدة التى يمكن أن يظل فيها الخيار باقيا فذهب الشافعية[1] على القول بصحة تصرفات الفضولى ووقفها على الإجازة إلى أن من وقع له التصرف يثبت له الخيار بين الإجازة والرد وعند علمه بالتصرف يكون خياره على الفور بحيث لو سكت بعد علمه بالتصرف يكون سكوته رداً، لهذا التصرف.

وذهب [2] المالكية إلى أن من وقع له التصرف إن سكت عاما بعد العلم بالتصرف ولم يكن هناك مانع لزمه التصرف.

وذهب الحنفية إلى أن من ثبت له الخيار يبقى على خياره حتى يصدر منه ما يدل على اختياره للفسخ أو الإجازة من قول أو فعل.

استدل الشافعية بأن الخيار شرع للحاجة وهى تندفع بالتمكن من الفسخ أو الإجازة بعد العلم بوقوع التصرف.

---

(١) حاشية الشبراملسى جـ ٣ صـ ٣٤.

(٢) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١٢.

ووجه المالكية أن السنة أقل مدى للحيازة فإن سكت من وقع لــــه التصرف هذه المدة كان راضيا.

واستدل الحنفية بما استدلوا به فى خيار العيب وهو القياس علــى القصاص ويناقش بإبداء الفرق، وهو ظاهر.

ما ينتهى به هذا الخيار.

ينتهى الخيار بأمور نبحثها فيما يلى :

١- الاختيار:

فلمن ثبت له الخيار الحق فى أن يجيز التصرف أو يرده[١] فــإن اختار الإجازة انتهى الخيار ولزمه التصرف وإن اختــار الــرد انتـهى الخيار وإنفسخ التصرف ويحصل كل واحد من الرد والإجازة بما يــدل عليه من قول أو يشعر به من فعل.

فالإجازة بالقول كأن يقول من ثبت له الخيار أجزت التصــرف أو رضيته أو أمضيته ونحو هذا مما يدل على الرضى ومثال الإجازة بالفعل أن يقوم من وقع له التصرف بتسليم المبيع للمشترى بعد علمه بتصــرف الفضولى إن كان التصرف بيعا أو يقبض ثمن المبيع أو يتصــرف فيــه تصرف الملاك بعد العلم بالتصرف إن كان شراء.

---

(١) فتح القدير جـ ٥ صـ ٣١٣، البحر الرائق جـ ٦ صـ ١٦١، المجمـوع جـ ٩ صـ ٢٨٢، ورد المحتار جـ ٤ صـ ١٤٨.

هذا بالنسبة إلى من يقع له التصرف أما بالنسبة إلى من يباشره وهو الفضولى والتعاقد معه فعلى القول بثبوت الخيار لهما فليس لهما ولا لأحدهما الحق فى إجازة التصرف على من وقع له[1]، لما فى ذلك من إلزام للغير بتصرف غيره من غير إذنه ولكن يثبت للفضولى والمتعاقد معه الخيار فى فسخ التصرف الذى باشراه فإن فسخاه أو فسخه أحدهما قبل إجازة من وقع له انفسخ فلا تلحقه إجازة بعد ذلك لأنه بعد الانفساخ يكون غير منعقد.

٢- بقاء أهلية الفضولى عند الإجازة لأنه بها يصير بمثابة الوكيل فترجع حقوق العقد إليه ولا يمكن ذلك إذا زالت أهليته[2].

٣- بقاء أهلية من تعاقد مع الفضولى لأن حقوق العقد ترجع إليه كما فى الفضولى.

٤- بقاء أهلية من وقع له التصرف عند الإجازة لأن التصرف موقوف على نظره ولا يتصور منه إجازة ولا رد إن كانْ فاقد الأهلية.

٥- قيام المعقود عليه وقت الإجازة لأن الملك فيه ينتقل بالإجازة ولا يمكن ذلك بعد الهلاك لفوات المحل.

هذا وإن زالت أهلية من باشر التصرف أو من وقع له قبل الإجازة انفسخ ولا تلحقه التصرف إجازة بعد ذلك.

---

(١) البدائع جـ ٦ صـ ٣٩٢٦.

(٢) فتح القدير جـ ٥ صـ ٣١١ ، البدائع جـ ٦ صـ ٣٠٢٥.

وتلخص مما ذكرناه أن تصرف الفضولى عند من يقول بصحته يكون موقوفا على رضا من وقع له العقد فيكون له الحق فى فسخ التصرف أو إجازته وكذلك يكون التصرف محتملا للفسخ من جانب الفضولى ومن تعاقد معه عند الأحناف وينفذ الفسخ من جانب المباشر إذا لم يجز التصرف من وقع له.

ويترتب على فسخ تصرف الفضولى زوال التصرف من أصله لأن الملك فى هذا التصرف لا ينتقل إلا بالإجازة فإذا لم تحقق لم ينتقل الملك[1].

والله تعالى أعلم.

---

(١) هذا وقد صرح المالكية فى بيع الفضولى أن البيع منحل من جهة المالك لازم من جهة الفضولى والمشترى، ومقتضى كون البيع منحلا من جهة المالك أن المبيع لم يخرج عن ملكه وكان مقتضى هذا أن تكون غلة المبيع لمالكه إذا لم يجز البيع ولكن صرح العلامة الدردير أن الغلة تكون للمشترى إلا إذا علم أن البائع غير مالك وعلم بتعديه أو لم تقم شبهة تنفى العداء عن البائع ولعل وجه ذلك أن الغلة تكون للمشترى مقابل الإنفاق على المبيع، راجع الشرح الكبير جـ ٣ صـ ١٢.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

بحث في
طرق دلالة اللفظ على المعنى
عند الأصوليين

إعداد

دكتور / محمد عبد السميع فرج الله

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله خالق الأفلاك ومدبرها، ومزينها بالشهب الثاقبة ومنيرها، وجاعل حركات السيارات دالة على اختلاف أحوال الكائنات وتدبيرها، ومظهر حكمه فى إبداعه لأنواع موجودات العالم وتصويرها، العادل فينا قضاه وأمضاه من الأحكام وتقديرها، الذى شرف نوع الإنسان بالعقل الهادى إلى أدلة التوحيد وتحريرها وأهَّل خاصة العلماء لاستثمار أحكام الشريعة من مداركها وتقريبها.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة منجية من صغير الموبقات وكبيرها، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله، الذى أزل بواضح برهانه، وأزاح بصادق بيانه، ما ظهر من شبه الملحدة وتزويرها. ورضى الله عن صحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد : فإنه لما كانت الأحكام الشرعية، والقضايا الفقهية وسائل مقاصد المكلفين ومناط مصالح الدنيا والدين، أولى بالالتفات إليها، وأجدر بالاعتماد عليها، وحيث كان لا سبيل إلى استثمارها، دون النظر فى مسالكها، ولا مطمع فى اقتناصها، من غير التفات إلى مداركها، كان من اللازمات، والقضايا الواجبات البحث فى أغوارها، والكشف عن أسرارها، والإحاطة بمعانيها، والمعرفة بمبانيها، ولما كان من ضروريات استنباط الحكم من النص قرآنا كان أو سنة معرفة المعنى،

وإدراك مرمى اللفظ والمبنى وطرق دلالته على مراد المتكلـــم بـــالنظم والمعنى.

لذلك كثر تدآبى، وطال اغترابى، فى جمـــع فوائدهـــا، وتحقيـــق فوائدها من مباحث الفضلاء، ومطارحات النبلاء، فوجدت أنهم ســـاروا فى بحثهم مع النص حسب تدرجه وارتباطه بمعناه، حتى يتمكنـــوا فـــى الوقوف على مغزاه، وقد أشار إلى ذلك الإمام الـــبزدوى فقـــال: إنمـــا يعرف أحكام الشرع بمعرفة أقسام النظم والمعنى، وذلك إلـــى أربعـــة أقسام فيما يرجع إلى معرفة أحكام الشرع.

القسم الأول : فى وجوه النظم صيغة ولغة وهى أربعة:

الخاص، والعام، والمشترك، والمأول

القسم الثانى : فى وجود البيان بذلك النظم وهى أربعة:

الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم.

وإنما يتحقق معرفة هذه الأقسام بأربعة أخرى فى مقابلتها وهى:

الخفى، والمشكل، والمجمل، والمتشابه.

القسم الثالث: فى وجوه استعمال ذلك النظم وجريانه فى بـــاب البيـــان وهى أربعة:

الحقيقة، والمجاز، والصريح، والكناية .

القسم الرابع: فى وجوه الوقوف على المراد والمعانى على حسب الوسع والإمكان وإصابة الحق (وهو المسمى بطرق دلالة الأدلة على الأحكام الشرعية).

وهذا القسم هو محل الكلام، ولهذا سوف نفرده بالبحث والحديث عنه.

خطة البحث

هذا وقد خططت لموضوع بحثى هذا فجعلته فى مقدمة وبابين وخاتمة، أما المقدمة: ففى تعريف الدلالة وبيان أقسامها.

وأما الباب الأول: ففى طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف، وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول: فى دلالة عبارة النص.

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة عبارة النص.

المبحث الثانى: ما ثبت من أحكام بعبارة النص.

المبحث الثالث: حكم عبارة النص.

الفصل الثانى: فى دلالة الإشارة .

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة الإشارة.

المبحث الثانى : فى الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة.

المبحث الخامس: فى حكم دلالة الإشارة.

الفصل الثالث: فى دلالة النص

ويشتمل على سبعة مباحث:

المبحث الأول : فى تعريف دلالة النص.

المبحث الثانى: فى الفرق بين دلالة النص والقياس.

المبحث الثالث : ما ثبت من أحكام بدلالة النص.

المبحث الرابع: فى أقسام دلالة النص.

المبحث الخامس: فى حكم دلالة النص.

المبحث السادس: فى تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة

المبحث السابع: فى الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص.

الفصل الرابع: فى دلالة الاقتضاء

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف دلالة الاقتضاء.

المبحث الثانى: فى الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة

المبحث الثالث: فى أقسام دلالة الاقتضاء.

المبحث الرابع: فى عموم المقتضى.

المبحث الخامس: في حكم دلالة الاقتضاء.

وأما الباب الثاني: ففي طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمـــهور، ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: في دلالة المنطوق، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف المنطوق.

المبحث الثاني: في أقسام دلالة المنطوق.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: في المنطوق الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : في تعريف المنطوق الصريح

المسألة الثانية: في أقسامه.

المطلب الثاني: في المنطوق غير الصريح.

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية : في أقسامه.

الفصل الثاني: في دلالة المفهوم، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تعريف دلالة المفهوم.

المبحث الثاني : في أقسامها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في مفهوم الموافقة، ويشتمل على خمس مسائل:-

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية: في شرطه.

المسألة الثالثة: في أقسامه من حيث الأولوية والمساواة في الحكم.

المسألة الرابعة: في حكم مفهوم الموافقة.

المسألة الخامسة: في أقسام مفهوم الموافقة من حيث القطيعة والظنية.

المطلب الثاني: في مفهوم المخالفة .

ويشتمل على عشرة مسائل:

المسألة الأولى: في تعريفه.

المسألة الثانية : في حجيته.

المسألة الثالثة: في شروط العمل به.

المسألة الرابعة: أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة.

المسألة الخامسة: في أقسامه.

المسألة السادسة: مفهوم اللقب.

المسألة السابعة: مفهوم الصفة.

المسألة الثامنة: مفهوم الشرط.

المسألة التاسعة: مفهوم العدد.

المسألة العاشرة : مفهوم الغاية.

الخاتمة:

وأخيرا فهذا جهد المقل، فإن كنت قد وفقت فبفضل الله وعونه، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أنني بشر، والكمال لله وحده، والله أسأل أن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم، وأن يجزيني عنه يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

إعداد

د./ محمد عبد السميع فرج الله

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

الدلالة

تمهيد

والكلام فيها يشتمل على الآتى:

أولا: تعريفها:

للدلالة تعريف فى اللغة وآخر فى الاصطلاح.

فالدلالة فى اللغة: مصدر دل يدل، وهو مصدر سماعى، ودلالة بفتح الدال وكسرها وضمها إلا أن الفتح أولى. والفعل دل له معان فى اللغة منها:

[١] دل بمعنى: أبان، والدلالة إبانة الشئ بأمارة نتعلمها مثل قولهم دل فلان فلانا على الطريق بينه له، ومن هذا جاء قولهم لفظ بين الدلالة .

[٢] دل بمعنى: هدى وأرشد، يقال دل فلان إذا هدى، ومنه قوله ﷺ: "الدال على الخير كفاعله"[١].

هذا وقد جاء للفعل " دل " معان أخرى كثيرة لكن الذى يهمنا فى موضوع بحثنا ما ذكرنا، وتكون الدلالة فى اللغة على هذا بمعنى الإبانة والهداية والإرشاد وكلها معان متقاربة.

---

(١) ينظر: كشف الخفاء للعجلونى ــ ج١ ص ٤٨٠، لسان العرب ــ ج٢ ص ١٤١٣.

والدلالة في الاصطلاح:

هى كون الشئ بحالة يلزم من العلم بها العلم بشئ آخر، سواء كان الشئ لفظا أو غيره والشئ الأول هو الدال، والشئ الثانى هو المدلول.

ثانيا : أقسامها:

تنقسم الدلالة من حيث هى إلى قسمين :

١- دلالة لفظية. ٢- دلالة غير لفظية.

أولا : الدلالة غير اللفظية

هى كون الشئ بحالة يلزم من العلم به العلم بشئ آخر.

أقسامها:

تنقسم الدلالة غير اللفظية إلى ثلاثة أقسام:

١- وضعية. ٢- طبيعية ٣- عقلية

* **الدلالة غير اللفظية الوضعية:** كدلالة الإشارة المعهودة بالرأى على الإيجاب أو الرفض، ودلالة النماذج واللافتات على ما يقصد منها كدلالة المئذنة للناظر من بعد على المسجد.

* **الدلالة غير اللفظية الطبيعية :** كدلالة الحمـــرة علـــى الخجـل، وحركة النبض على حالة القلـــب، ودلالــة الأعراض الخاصة بكل مرض عليه.

* **الدلالة غير اللفظية العقلية :** كدلالة الأثر علـــى المؤثـر، ودلالــة وجود السبب على وجود مســـببه كدلالــة الدخان على النار.

ثانيا : الدلالة اللفظية

وهى كون اللفظ بحيث إذا أطلق فهم منه المعنى.

أقسامها:

تنقسم الدلالة اللفظية إلى :

١- طبيعية . ٢- عقلية . ٣- وضعية.

١- **الدلالة اللفظية الطبيعية:** كدلالة لفظ " آه " على آلام الجسم.

٢- **الدلالة اللفظية العقلية:** كدلالة اللفظ على حياة لافظه.

٣- **الدلالة اللفظية الوضعية:** وهى عبارة عن كون اللفظ بحيـــث إذا أرسل فهم منه المعنى للعلم بوضعه ــ أى بوضع اللفظ للمعنـــى ــ واللام فى قولهم للعلم بوضعه " بمعنى عند "، وهذه الدلالـــة هـــى المرادة هنا(١).

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج ١ ص ٩٩، والتجريد للبناني ــ ج ١ ص ٢١٢.

وتنقسم الدلالة اللفظية الوضعية إلى :

١- مطابقية ٢- تضمنية ٣- التزامية .

١- **دلالة المطابقية :** هى فهم السامع أو إفهامه من كلام المتكلم كمال المسمى كفهم مجموع العشرة من لفظها، أو هى دلالة اللفظ على تمام مسماه سواء أكان المسمى له أجزاء، كدلالة الإنسان على الحيوان الناطق، أم لم يكن له أجزاء كدلالة لفظ " الله " على الذات العلية، وسميت بذلك لأن اللفظ طابق المعنى[١] .

٢- **دلالة التضمين:** هى إفهام اللفظ للسامع جزء المسمى، كإفهام لفظ العشرة السامع له الخمسة منه، أو هى دلالة اللفظ على جزء المسمى كدلالة الإنسان على الحيوان فقط أو الناطق فقط[٢] وسميت تضمينية؛ لأن المعنى الموضوع له اللفظ تضمن المعنى المدلول عليه.

٣- **دلالة الالتزام:** هى إفهام اللفظ للسماع لازم المسمى البين، أو هى دلالة اللفظ على لازم مسماه، كدلالة لفظ الإنسان

---

(١) ينظر : حاشية العطار ــ ج١ ص ٢٨٤.

(٢) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ٨٢.

على الكتابة مثلا[١]، وسميت بذلك لكون المعنى المدلول عليه لازما للموضوع له.

اعتراض وجوابه:

اعترض الإمام الإسنوى على تقسيم الدلالة إلى ثلاثة أقسام بقوله: هذا التقسيم غير جامع؛ لأن دلالة العام على فرد من أفراده كدلالة لفظ المشركين على مشرك واحد لا تدخل تحت نوع من هذه الأنواع الثلاثة، فهى ليست مطابقية، لأن الفرد ليس كل المسمى ضرورة أن المسمى للفظ العام هو كل الأفراد، وليست تضمينية؛ لأن الفرد فى العام ليس جزءا، وإنما هو جزئى؛ لأن الجزء يقابل الكل، والجزئى يقابل الكلى، والعام ليس كلا وإنما هو كلى، وليست التزامية؛ لأن الفرد ليس لازما لمسمى العام وهو ظاهر[٢].

والجواب عن هذا :

ما قاله ابن السبكى: وهو أن دلالة العام على فرد من أفراده من قبيل الدلالة المطابقية؛ لأن العام وإن كان موضوعا لكل الأفراد إلا أن الحكم فيه مقصود به كل فرد من أفراد العام، ولذلك يقولون: الحكم فى العام كلية، أى مقصود به كل فرد على حدة، وليس المقصود به كل الأفراد مجتمعة، فالعام فى قوة قضايا متعددة بتعدد أفراده، وكل قضية

---

(١) ينظر: حاشية العطار على جمع الجوامع ــ ج١ ص ٢٨٧، والإحكام للآمدى ــ ج١ ص ١٧.

(٢) ينظر: شرح الإسنوى على منهاج الوصول ــ ج١ ص ٣٠٧.

تعتبر قائمة بنفسها، ولا شك أن الدلالة فى القضية المستقلة من قبيل الدلالة المطابقية[1].

النسبة بين الدلالات الثلاث من العموم والخصوص

بالنظر إلى الدلالات المتقدمة نجد أن دلالة المطابقية أعم من التضمين والالتزامية؛ لأنه كلما وجدت دلالة التضمين أو دلالة الالتزام وجدت دلالة المطابقة؛ لأن شيئا مسمى حينئذ، فاللفظ يدل عليه مطابقة، وقد توجد دلالة المطابقة ولا يوجد إلا فى اللفظ الموضوع للبسائط التى ليست لها أجزاء أو لوازم بينة، فالمطابقية أعم مطلقا[2].

وأما هما ــ أى التضمين والالتزامية ــ واحدة أعم من الأخرى وأخص من وجه؛ لأن الأعم والأخص من وجه، هما اللذان يجتمعان فى صورة ويوجد كل واحد منهما وحده كالأبيض والحيوان، فيوجد الحيوان ولا يقى الزنجى والأبيض، ولا حيوان فى الجير واللبن، فكذا هاهنا يوجد التضمين والالتزام كما فى اللفظ الموضوع للمركبات التى ليست لها لوازم بينه، ويجتمعان فى اللفظ الموضوع للمركبات التى لها لوازم بينة.

---

(١) ينظر : شرح البدخشى - ج١ ص ٢٤٤، جمع الجوامع لتقى الدين السبكى ــ ج١ ص ٦٣.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج١ ص١٧.

وجه الحصر:

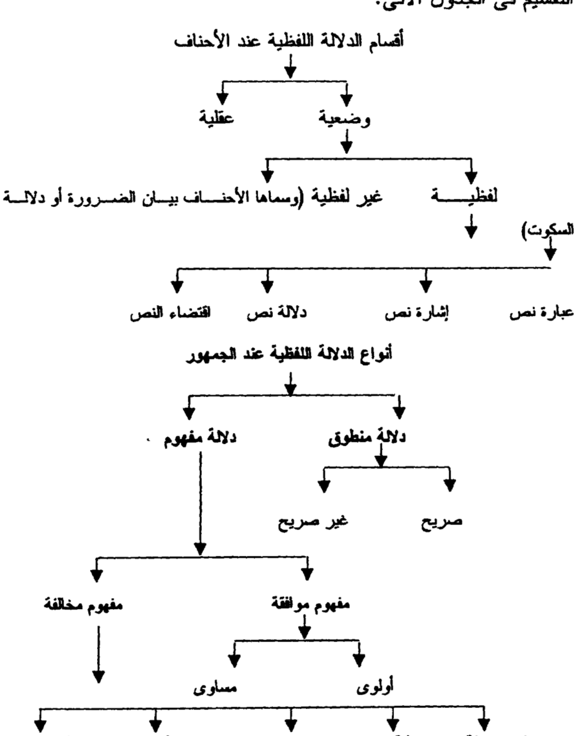
وهو أن المدلول إما وضع له اللفظ أو لا ، والأول: دلالـــة المطابقــة، والثانى إما أن يكون المدلول داخلا فيما وضع له اللفظ أو لا، فـــالأول دلالة التضمين، والثانى الالتزام، فثبت من هذا التقسيم الدائر بين النفـــى والإثبات الحصر فى الثلاث[١].

---

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ــج١ ص ١٧، والتقرير والتحبير ــ ج١ ص ٩٨.

تقسيم الدلالة اللفظية الوضعية عند الأصوليين

نقول: لسهولة الإحاطة بتقسيم الدلالة عند الأصوليين نذكر هـــذا التقسيم فى الجدول الآتى:



الباب الأول

فى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف

ويشتمل على خمسة فصول

الفصل الأول: دلالة عبارة النص.

الفصل الثانى : دلالة الإشارة .

الفصل الثالث : دلالة النص.

الفصل الرابع : دلالة الاقتضاء

الفصل الخامس: أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية.

الباب الأول

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الأحناف

وقبل بيان هذه الطرق نشير إلى جزئية مهمة هاهنا وهى:

[بيان الفرق بين دلالة اللفظ والدلالة باللفظ]

فنقول:

دلالة اللفظ: هى فهم السامع، وأما الدلالة باللفظ فهى استعمال اللفظ إما فى موضوعه وهو الحقيقة، أو فى غير موضوعه لعلاقة بينهما وهو المجاز، وأما استعماله لغير علاقة قال العلماء: هو وضع مستأنف من ذلك المستعمل كما إذا قال الله أكبر، أو كما قال اسقنى ماء، ويريد بذلك طلاق زوجته.

والباء فى قولهم " الدلالة باللفظ" باء الاستعانة؛ لأن المتكلم استعان بلفظ على إفهامنا ما فى نفسه كما يستعان بالقلم فى الكتابة.

هذا ويقع الفرق بينهما (أى بين دلالة اللفظ والدلالة باللفظ) فى خمسة عشر فرقا :

أحدها: أن دلالة اللفظ للسامع والأخرى صفة للمتكلم.

ثانيها: أن دلالة اللفظ محلها القلب؛ لأنه موطن العلوم والظنون، والأخرى محلها اللسان وقصبة الرئة.

وثالثها: أن دلالة اللفظ علم أو ظن والأخرى أصوات مقطعة.

رابعها: أن دلالة اللفظ مشروطة بالحياة.

وخامسها: أن أنواع دلالة اللفظ ثلاثة: المطابقية، والتضمن والالتزام لا تتصور في الدلالة باللفظ ولا يعرض لها. وأنواع الدلالة باللفظ اثنان الحقيقة والمجاز لا يعرضان لدلالة اللفظ[1].

وسادسها: أن دلالة اللفظ مسببة عن الدلالة باللفظ، فالفهم ينشأ عن النطق والدلالة باللفظ سبب.

وسابعها: أنه كلما وجدت دلالة اللفظ وجدت الدلالة باللفظ؛ لأن فهم مسمى اللفظ فرع النطق باللفظ، وقد توجد الدلالة باللفظ دون دلالة اللفظ، لعدم تفطن السامع لكلام المتكلم لصارف؛ إما لكونه لا تعرف لغته، أو استعمل لفظا مشتركا دون قرينة، أو بقرينة لم يفهمها السامع.

وثامنها: أن دلالة اللفظ حقيقة واحدة لا تختلف في نفسها؛ لأنها إما علم أو ظن، وهما أبد الدهر على حالة واحدة، والدلالة باللفظ وهي استعماله تختلف، فتارة يوجب الاستعمال تقديم خبر المبتدأ، وتارة يوجب تقديم الفاعل، وتارة لا يوجب إلى غير ذلك من اختلاف أوضاع اللغة العربية.

---

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ زهير ــ ج٢ ص ٩، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ــ ج١ ص ٢٦، ونفائس الأصول في شرح المحصول ج١ ص ٥٤٣ ــ ط نزار مصطفى الباز.

وتاسعها: أن الدلالة باللفظ المشترك لا تدرك بالحس فى مجرى العادة، والدلالة باللفظ تسمع.

وعاشرها: أن الدلالة باللفظ لا تتصور فى الغالب إلا من مسميات عديدة نحو قام زيد فإن كل حرف منه مسمى لاسم من حروف الجمل، والنطق بالحرف الواحد نحو " ق " و " س " نادر، وأما الأخرى فدائما هى مسمى واحد وهى علم أو ظن.

وحادى عشرها: أن دلالة اللفظ تأتى من الأخرس بخلاف الأخرى.

وثانى عشرها: الدلالة باللفظ لا تقوم إلا بمتحيز، ولذلك أحلنا الأصوات على الله تعالى، ودلالة اللفظ على قيامها بغير المتحيز، ولذلك فإن الله تعالى له علم متعلق بجميع المعلومات، وسمع جميع الكلام والأصوات.

وثالث عشرها: دلالة اللفظ لا تتصور من غير سمع، فإن فهم معنى اللفظ فرع سماعه، والأخرى تتصور من الأصم الذى طرأ عليه الصمم، فإن الذى لا يسمع قط لا يتصور منه النطق باللغات الموضوعة؛ لأنه لم يسمعها ليحكيها.

ولذلك قال الأطباء: إن الخرس أصابتهم غالبا فى آذانهم لا فى ألسنتهم فلم يسمعوا شيئا يحكوه، فلذلك لا يتكلمون.

ورابع عشرها: أن الدلالة باللفظ اتفق العقلاء على أنها مـــن المصـــادر التى لا تبقى زمانين، واختلفوا فى دلالة اللفظ هل تبقى أم لا[1].

وخامس عشرها: الدلالة باللفظ توصف بالفصاحة وغيرها مما يوصـــف به المتكلمون فى كلامهم، ودلالة اللفظ لا توصف بشئ من ذلـــك، ولا يوصف العلم الحاصل عن النطق بغير كونه علمـــاً والظـــن الناشئ عن النطق قد يوصف بالقوة بخلاف العلم.

ثانيا: الفرق بين الوضع والاستعمال والحمل

أيضاً مما تجدر الإشارة إليه هنا هو بيان الفرق بيـــــن الوضـــع والاستعمال والحمل فإن هذه المصطلحات تلتبس على الكثير مـــن الناس، وهى متعلقة بما نحن فيه والحاجة إليها ماسة .

فالوضع فى الاصطلاح: يقال بالاشتراك على ثلاث معان.

أحدها: جعل اللفظ دليلاً على المعنى كتسمية الولد زيداً، ومنـــــه وضـــع اللغات.

وثانيها: استعمال اللفظ فى المعنى حتى يصير أشهر فيه مـــــن غـــيره، وهذا هو وضع الحقائق الشرعية والعرفية، فإن حملة الشـــــريعة اتفقوا على تسمية الاعتكاف للبس الخاص، والموالاة والـــــترتيب للصفتين الخاصتين فى الطهارات.

---

(١) ينظر : مختصر المنهى بشرح العضد ج١ ص ٣٠، والمتسصفى ج١ ص ٨٠.

وثالثها: أصل الاستعمال ولو مرة واحدة، وهو المراد من قول العلماء من شرط المجاز الوضع أو ليس من شرطه ذلك خلاف، ومرادهم بالوضع أنه لابد أن يسمع من العرب النطق بذلك النوع من المجاز ولو مرة واحدة وضعا إلا فى هذا الموضع.

وأما الاستعمال: فهو إطلاق اللفظ وإرادة مسماه بالحكم وهو الحقيقة أو غير مسماه لعلاقة بينهما وهو المجاز.

والحمل: هو اعتقاد السامع مراد المتكلم من اللفظ.

فمعنى قول العلماء إن الإمام الشافعي ﷺ حمل قوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾، على الأطهار أى اعتقد مراد الله تعالى من الآية، وأن أبا حنيفة ﷺ حمل الآية على الحيض، فاعتقد أن هذا مراد الله تعالى من الآية، فيؤول الحمل على دلالة اللفظ فتحصل أن الوضع سابق والحمل لاحق، والاستعمال متوسط، وأن المستعمل والحامل معلوما، والواضع مجهول على الخلاف فى ذلك وأن كل واحد منها يأتى منه الاستعمار والحمل ويتعذر منه الوضع، فهذه فروق ثلاثة بين الوضع والآخرين[1].

هذا ولقد كانت الحاجة إلى بيان هذا الفرق هامة هنا، وذلك لأن الاستدلال بألفاظ النصوص الشرعية على الأحكام يتوقف على معرفة أمرين:

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج١ ص ٢٠.

الأمر الأول : عدم الخطاب باللفظ المهمل وهو الذى لا دلالة له على معنى من المعانى مثل " ديز " مقلوب " زيد "؛ لأن الخطاب بما لا يدل على معنى من المعانى نقص وهو محال على الله.

الأمر الثانى : عدم الخطاب بلفظ يدل على معنى ويراد به غير ذلك المعنى دون قرينة تبين المعنى الذى أريد من اللفظ؛ لأنه يكون شبيها بالمهمل، ويتعذر الاستدلال بالألفاظ على الحكم الشرعى[1] حينئذ إذا تمهد هذا فنقول:

منهج الأحناف في الاستدلال بالألفاظ على الأحكام

للحنفية منهج متميز فى تقسيم الألفاظ من حيث الدلالة على الأحكام، وذلك لأن استنباط الأحكام من الألفاظ والعبارات الواردة فى الكتاب والسنة لا يمكن إلا بعد فهم المعنى، ولما كان فهم المعنى تارة يكون عن طريق لفظ النص وعبارته، وتارة يكون عن طريق إشارته، وتارة عن طريق دلالته، وتارة يكون عن طريق اقتضائه.

لذا قسم علماء الأحناف الدلالة اللفظية إلى أربعة أقسام:

١- عبارة نص . ٢- إشارة نص ٣- دلالة نص ٤- اقتضاء نص[2]

---

(١) ينظر: نهاية السول ــ ج١ ص ٣٠٥.

(٢) ينظر: تسهيل الوصول للمحلاوى ــ ص٩٠ .

وجه الحصر:

قال الإمام صدر الشريعة فى وجه انحصار الدلالة فى هذه الأقسام الأربعة:

التقسيم الرابع: فى كيفية دلالة اللفظ على المعنى، فهى على الموضوع له أو جزئه أو لازمه عبارة إن سيق الكلام له، وإشارة إن لم يسق الكلام له، وعلى لازمه المحتاج إليه اقتضاء، وعلى الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم لغة أن الحكم فى المنطوق لأجله دلالة(١).

وقال الإمام سعد الدين التفتازانى فيه :-

التقسيم الرابع: فى كيفية دلالة اللفظ على المعنى، وقد حصروها فى عبارة النص وإشارته ودلالته واقتضائه، ووجه ضبطه على ما ذكره القوم: أن الحكم المستفاد من النظم إما أن يكون ثابتا بنفس النظم أو لا، والأول إن كان النظم مسوقا لهو فهو العبارة وإلا فهو الإشارة، والثانى: إن كان الحكم مفهوما منه لغة فهى الدلالة أو شرعا فهو الاقتضاء وإلا فهو التمسكات الفاسدة(٢).

وباستقراء ما ورد عن العلماء نرى فى وجهة الحصر: أن المعنى الذى يدل عليه النظم إما أن يكون عين الموضوع له أو جزؤه

---

(١) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ــ ج١ ص١٢٩.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٢٩ ، ١٣٠ــ حاشية الفنرى على التلويح ــ ج٢ ص١ فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ــ ج١ ص ٤٠٧، حاشية نسمات الأسحار ص ١٤٣.

أو لازمه المتأخر أو لا يكون كذلك، والأول إما أن يكون سوق الكـــلام له فيسمى دلالته عليه عبارة أو لا فإشارة، والثانى فإن كـــان المعنـــى لازما متقدما للموضوع له فالدلالة اقتضاء، وإلا فإن كان يوجد فى ذلك المعنى علة يفهم كل من يعرف اللغة أى وضع ذلك اللفـــظ لمعنـــاه أن الحكم فى المنطوق لأجلها فدلالة نص، وإلا فـــلا دلالـــة لـــه أصـــلا، والتمسك بمثله فاسد فالأقسام المذكورة صفة للدلالة، ويحصل باعتبارها تقسيم النظم؛ لأنه إما أن يدل بطريق العبارة أو الإشارة أو الاقتضاء أو الدلالة.

الفصل الأول

فى تعريف عبارة النص وما ثبت بها من أحكام وحكمها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريفها

المبحث الثانى: ما ثبت من أحكام بعبارة النص.

المبحث الثالث: حكم عبارة النص.

الفصل الأول

دلالة عبارة النص [1]

الكلام فيها يشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

تعريفها:

قد عرفها الإمام البزدوى بأنها: ما سيق الكلام لـــه وأريـــد بـــه قصدا، وعليه يكون الإمام البزدوى اشتراط فى هذه الدلالـــة شـــرطين أساسيين وهما:

سوق الكلام لأجله، وكونه مقصودا قصدا أصليا [2].

---

(١) ليس المراد بكلمة نص فى هذا الموضوع هو ما يعنيه الأصوليون فى تعريف النص الـــذى هو فى مقابلة الظاهر، والذى قالوا فى تعريفه أنه عبارة عن دلالة اللفظ على المعنى دلالة لا يحتمل غيرها، بل المراد بالنص هنا إنما هو اللفظ الذى يفهم منه سواء كان هذا اللفـــظ دالا على المعنى بطريق الحقيقة أو بطريق المجاز، وهو بذلك يشمل الظاهر والخفى والخـــاص والعام والصريح والكتابة، فيكون إثبات الحكم بهذه الألفاظ استدلالا بعبارة النص وإنما أطلق النص على ما كان من الكتاب والسنة اعتبارا للغائب، فإن غالب ما ورد منهما نص وهـــذا هو المراد هنا لا النص الذى ازداد وضوحا على الظاهر ــ ينظر: شـــرح المنـــار ج١ ص ٥٢٠.

(٢) ينظر: كشف الأسرار ـــج١ ص٢١٠.

وعرفها الإمام السرخسي بأنها:

ما كان السياق لأجله ويعلم قبل التأمل أن ظاهر النص متناول منه[1].

وعرفها صدر الشريعة: بأنها دلالة اللفظ على المعنى المسوق له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزأه أو لازمه المتأخر[2].

فقال صاحب شرح المنار: إن في كلمة الاستدلال بعبارة النص فيه تسامح؛ لأن الاستدلال صفة المستدل، وليس من أقسام الكتاب لكن لما لم تفد الأقسام بدونه عده منها[3].

ونستطيع على ضوء ما تقدم أن نقول: إن الاستدلال بعبارة النص معناه العمل بظاهر ما سيق الكلام له، والمراد من العمل عمل المجتهد لا عمل الجوارح، كما إذا قيل الزكاة واجبة لقوله تعالى ﴿وآتوا الزكاة ﴾، والزنا حرام لقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ [4]، فهذا وأمثاله هو العمل بظاهر النص، وهو عين الاستدلال بعبارته[5]، وعلى هذا يكون تعريف دلالة النص من وجهة نظرنا هو:

---

(١) ينظر: أصول السرخسي ـ ج١ ص ٢٣٦.

(٢) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ـ ج١ ص ١٣٠.

(٣) ينظر: شرح المنار ـ ج١ ص ٥٢٠.

(٤) سورة الإسراء من الآية: [٣٢].

(٥) ينظر: كشف الأسرار ـ ج١ص ٣٧٤.

دلالة اللفظ على ما كان الكلام مســـوقا لـــه أصالـــة أو تبعـــا، والمقصود أصالة هو الغرض الأول من الكلام، والمقصود تبعا غرض ثان يدل عليه اللفظ، ويمكن تحقق الغرض بدونه.

ما الفرق بين الاستدلال بعبارة النص والنص؟

الاستدلال بعبارة النص من قبيل المعنى؛ لأن العبارة وإن كـــانت نظما إلا أن نظر المستدل إلى المعنى دون النظم، إذ الحكم إنما يثبـــت بالمعنى دون النظم نفسه، إلا أن المعنى لما كان مفـــهوما مـــن النظـــم سمى الاستدلال به استدلالا بالعبارة، وهو فى الحقيقة استدلال بـــالمعنى الثابت بالعبارة، فيصلح أن يكون من أقسام المعنى بهذا الطريق[1].

المبحث الثانى

ما ثبت من أحكام بعبارة النص

نذكر هنا بعض الأحكام الثابتة بهذه الدلالة والتى منها ما يأتى :

١- قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾[2] فإنه يدل بلفظـــــه وعبارته على حكمين :

(١) ينظر: شرح المنار ــ ص ٥٨.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٧٥].

أحدهما:

التفرقة بين البيع والربا، وأن البيع لا يماثل الربا، فـالبيع حـلال والربا حرام، وهذا الحكم هو المقصود أول وبالذات من سوق الآية؛ لأن الآية نزلت للرد على الذين قالوا : ﴿ إنما البيع مثل الربا ﴾ .

وثانيهما:

حل البيع وتحريم الربا، وهذا الحكم مقصود تبعا، ليتوصل به إلـى إفادة الحكم المقصود أصالة، فإن اختلاف حكم البيع وحكم الربا موصـل إلى نفى المماثلة بين البيع والربا، فدلالة هذا النص على كل من هذيـن الحكمين من قبيل دلالة العبارة [1].

٢- قوله تعالى : ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طـاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ﴾ [2] فهذه الآية تدل بلفظها وعبارتها على حكمين :

أحدهما: ما سيقت له أصلا، وهو إباحة الزواج بأكثر من واحدة إلـى أربع بشرط عدم الخوف من الجور وظلم الزوجات، ووجوب الاقتصـار على الواحدة إذا خاف الزوج عدم العدل عند التعدد، والدليـل علـى أن هذه هو الذى سيقت له الآية ما ورد أنها جاءت فى شـأن الأوصيـاء، والذين كانوا يتحرجون من الوصايا على اليتامى خوفا من الوقوع فـى

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ١ ص٤٧.

(٢) سورة النساء من الآية: [٣].

ظلمهم، وأكل أموالهم مع أنهم كانوا لا يتحرجون من ظلـــم الزوجـــات حيث كان الواحد منهم يجمع فى عصمته ما شاء منهن من غير حصـــر، ولا يعدل بينهن، فقال لهم المولى ﷻ إن خفتم الوقـــوع فـــى اليتـــامى فتحرجتم من الولاية عليهم فخافوا أيضا الوقوع فى ظلم النساء، والميـــل إلى بعض الزوجات دون بعض.

وثانيهما: ما سيقت له تبعا، وهو إباحة الزواج الدال عليه قوله تعـــالى: ﴿ فانكحوا ﴾ فهذا الحكم ليس مقصودا قصدا أصليا من سياق الآية وإنمـــا ذكر بالتبع ليتوصل به إلى المقصود الأصلى[1].

٣- قوله تعالى : ﴿ فاجتنبوا الرجـــس مـــن الأوثـــان واجتنبـــوا قـــول الزور﴾[2]، فإن الآية بلفظها وعبارتها تدل على حكمين :

أحدهما: حرمة شهادة الزور، وهو المقصود الأصلى من عبارة النـــص؛ لأن الآية سيقت أصلا لبيان هذا الحكم.

وثانيهما: حرمة عقاب شاهد الزور من قبل الحاكم، وهذا الحكم مقصود بالتبع ليتوصل به إلى المقصود الأصلى من سوق الآية.

---

(١) ينظر: كشف الأسرار ـــج١ ص ٣٧٥، أصول السرخسى ـــج١ص٢٣٦.

(٢) سورة الحج من الآية: [٣٠].

المبحث الثالث

حكم دلالة العبارة

هذه الدلالة يثبت بها الحكم المستفاد منها قطعا إلا إذا وجـــد مـــا يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل، فإن كانت من قبيـل العام وخص منه البعض، فإنها لا تفيد القطع، وإنما تكون دلالتها علـــى الأحكام المستفادة منها بعد التخصيص دلالة ظنية، فمثـــلا حـــل البيـــع الثابت بالآية الأولى عام؛ لأنه شامل للبيوع الربوية والبيوع الشـــرعية، فتكون البيوع الربوية داخلة فى الحل إلا أنه ورد على هذا العمـــوم مـــا يخصصه، وهو ما أثبت الشارع حرمته من البيوع بدليل مستقل[1].

(١) ينظر: كشف الأسرار ج ١ ص ٤٨ ، أصول السرخسي ج ١ ص ٢٣٧.

الفصل الثاني

فى تعريف دلالة الإشارة والفرق بينها وبين العبارة وما ثبت بها من أحكام وأقسامها وحكمها

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة الإشارة

المبحث الثانى: الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بإشارة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الإشارة.

المبحث الخامس: حكم دلالة الإشارة.

الفصل الثانى

دلالة الإشارة

المبحث الأول

تعريفها:

أولا: فى اللغة: الإشارة فى اللغة : الدلالة على المحسوس المشاهد باليد أو غيرها[1].

ثانيا: فى الاصطلاح:- اختلفت عبارة العلماء فى تعريف دلالة الإشارة فى الاصطلاح.

فعرفها الإمام البخارى: بأنها دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياق الكلام لا أصالة ولا تبعا، ولكنه من لوازم المعنى المقصود ويحتاج فى إدراكه إلى شئ من التأمل.

وعرفها الإمام السرخسى: بأنها ما لم يكن السياق لأجله لكنه يعلم بالتأمل فى معنى اللفظ، من غير زيادة فيه ولا نقصان، وبه تتم البلاغة ويظهر الاعجاز[2].

وعرفها ابن أمير الحاج بأنها: دلالة اللفظ على ما لم يقصد به (أى باللفظ) أصلا[1].

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ـ ج١ ص١٠٧، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ـج١ص ٤٧، مختار الصحاح ص١٩.

(٢) ينظر: أصول السرخسى ـ ج١ ص ٢٣٦.

وعرفها الكمال بن الهمام: بأنها دلالة اللفظ على ما لم يقصد به أصلا (أي لا أصالة ولا تبعا)[2].

وعرفها صدر الشريعة بأنها: دلالة اللفظ على معنى لم يكن مسوقا له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزأه أو لازمه[3].

وعرفها الإمام النسفى فقال: وأما الاستدلال بإشارة النص: فهو العمل بما ثبت بنظمه لغة لكنه غير مقصود ولا سيق له النص، وليس بظاهر من كل وجه[4].

وباستقراء ما ورد عن العلماء فى تعريف دلالة الإشارة يتبين لنا:

أولا: أن جمهور الأصوليين من الحنفية وإن اختلفت عبارتهم من ناحية اللفظ إلا أنها متحدة من ناحية المعنى وعلى هذا يكون التعريف المختار عند الجمهور هو المعرف لها بأنها: دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من سياق الكلام لا أصالة ولا تبعا، لكنه لازم للمعنى المقصود منه لزوما عقليا أو عاديا.

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ـ ج١ ص ١٠٧.

(٢) ينظر : تيسير التحرير ـ ج١ ص ٨٧.

(٣) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ـ ج١ ص ١٣٠.

(٤) ينظر : كشف الأسرار للنسفى ـ ج١ ص ٣٧٥.

ثانيا: أن صدر الشريعة وبعض المتأخرين من العلماء خالفوا الجمهور في ذلك حيث ذهبوا إلى أن المعنى المفهوم بطريق الإشارة مقصود للمتكلم، ولكنه ليس مقصودا له بطريق الأصالة بل بطريق التبع.

ودليلهم على ذلك: أن ما لا يكون مقصودا للمتكلم أصلا لا يصح الاعتداد به، ودلالة الإشارة يثبت بها كثير من الأحكام الشرعية ولا يتصور أن يثبت الحكم بشئ لا يقصد الشارع منه ذلك الحكم، وهذا ما نميل إليه[1].

وجه تسمية الإشارة بهذا الاسم:

قال الإمام النسفي: في وجه تسمية الإشارة بهذا الاسم: أنه لما لم يكن النص مسوقا له لم يكن ظاهرا من كل وجه بل فيه نوع خفاء ولا يدرك صريحا بل إشارة ونظيره في المحسوسات: أن من نظر إلى شئ يقابله فرآه ورأى مع ذلك غيره يمنة ويسرة بأطراف عينيه من غير قصد، مما يقابله فهو المقصود بالنظر وما وقع عليه أطراف بصره فهو مرئي بطريق الإشارة تبعا لا قصدا[2].

وقال صاحب التقرير والتحبير : سميت دلالة الإشارة بذلك؛ لأن السامع لا قباله على ما سيق له الكلام كأنه غفل عما في ضمنه فهو يشير إليه، وقالوا: ونظير العبارة والإشارة من المحسوس أن ينظر إنسان

---

(١) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ــج١ ص ١٣١، حاشية نسمات الأسحار ــ ص ١٤٤.

(٢) ينظر : كشف الأسرار للنسفي ــ ج١ ص ٣٧٥.

إلى مقبل عليه فيذكره ويدرك غيره بلحظة يمنه ويسره، فإدراكه المقبل كالعبارة وغيره كالإشارة[1].

المبحث الثاني

الفرق بين الاستدلال بالعبارة والإشارة .

تتفق العبارة مع الإشارة فى أن كلا منهما يجب أن يكون ثابتا باللفظ سواء دل اللفظ على عين الموضوع له أو جزئه أو لازمه المتأخر كما وضحنا ذلك سابقا ولكن تختلف العبارة عن الإشارة فى أن المعنى الذى دل عليه اللفظ إن كان الكلام مسوقا له فهو الاستدلال بالعبارة، وإن لم يكن الكلام مسوقا له فهو الاستدلال بالإشارة، وقد وضح ذلك الإمام التفتازانى فقال: إن عبارة النص دلالته على المعنى المسوق له سواء كان ذلك المعنى عين الموضوع له أو جزؤه أو لازمه المتأخر، وإشارة النص دلالته على أحد هذه الثلاثة إن لم يكن مسوقا، وإنما قلنا ذلك لأن الحكم الثابت بالعبارة فى اصطلاح الأصوليين يجب أن يكون ثابتا بالنظم ويكون سوق الكلام له، والحكم الثابت بالإشارة يجب أن يكون ثابتا بالنظم ولا يكون سوق الكلام له.

قال صاحب التقرير والتحبير: فى الفرق بينهما كذلك إن الوقوف على المعنى الإشارى يحتاج إلى تأمل؛ لأنهم ــ أى العلماء ــ مطبقون

(١) ينظر : التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١٠٧.

على أنها لا تفهم من الكلام أول ما يقرع السمع حتى قبل الإشـارة من العبارة كالكتابة من الصريح[1].

كما ذكر الفرق بين الظاهر وإشـارة النـص فقـال: والظـاهر والإشارة وإن استويا من حيث إن الكلام لم يسق لهما إلا أنهما قد افترقا من حيث إن الظاهر يعرفه السامع أول وهلة مـن غـير تـأمل فيـه، والإشارة لا تعرف إلا بنوع تأمل واستدلال من غير أن يزاد على الكلام أو ينقص منه.

وقال الدبوسى : فى وصف الدال بالإشارة: وبمثله يظهر حـد البلاغـة ويظهر الإعجاز[2].

وباستقراء ما ورد عن علماء الأصول فى الفـرق بيـن دلالـة العبارة ودلالة الإشارة نستطيع أن نقول: إن إشارات النصـوص هـى معان التزامية منطقية وفى إدراكها تتفاوت العقول والأفهام وأهل الخبرة فى فهم الألفاظ الشرعية هـم المختصـون باسـتخراج تلـك المعـانى الالتزامية، فعبارات النصوص يفهمها الفقيه وغير الفقيه، أما إشـارات النصوص فإنه لا يفهمها إلا الفقيه فقط[3].

(1) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج1 ص 107، التلويح على التوضيح ــ ج1 ص 130.

(2) ينظر: تقويم الأدلة لأبى زيد الدبوسى ــ ص 205.

(3) ينظر / كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج2 ص 234، وأصـول الشـاش ــ ص 33.

المبحث الثالث

أمثلة لما ثبت من أحكام بطريق دلالة الإشارة

ذكر الأصوليون للاستدلال بإشارة النص أمثلة كثيرة منها:

١- قوله تعالى :﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا ﴾ (١).

فإن هذا النص دل بعبارته:

على أن المكتوب يجب أن يكون صحيحا ومطابقا لإرادة المملى؛ لأن وصف الكتابة بالعدل يفهم منه بصريح اللفظ هذا، وهذا الحكم هو المقصود من سياق الكلام.

ودل بإشارته على أن هذا المكتوب يكون حجة على من أملاه بحيث لا يستطيع أن ينكر ما اشتمل عليه ما دام أنه غير مزور؛ لأن هذا الحكم من لوازم المعنى الأول، وهذا الحكم ليس مقصودا من سوق الكلام.

٢- قوله تعالى : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون

---

(١) سورة البقرة من الآية : [٢٨٢].

دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب(*) للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ﴾ [1].

فالآيتان دلتا بعبارتهما على استحقاق الفقراء المهاجرين نصيبا من الفئ لأن الآية سيقت لبيان هذا الحكم، ودلت بإشارتها على أن الذين هاجروا من مكة إلى المدينة قد زالت أملاكهم عما خلفوا بمكة لاستيلاء الكفار عليها؛ لأن الله سماهم الفقراء والفقير حقيقة ـ عند الأحناف ـ من لا يملك المال، لأن من بعدت يده عن المال، فهؤلاء كانوا أصحاب ديار وأموال بمكة، كما دلت بطريق الإشارة أيضا على ثبوت الملك فى هذه الأموال لمن استولوا عليها لئلا يؤول الملك لا إلى مالك[2].

٣- قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [3].

فإن هذا النص قد أفاد بطريق العبارة أن الحكم فى الإسلام يقوم على الشورى بين جماعة المسلمين .

---

(١) سورة الحشر: آية : [٧،٨].

(٢) ينظر: أصول السرخسى ـ ج١ ص ٢٣٦، التقرير والحبير ـ ج١ ص ١٠٨، كشف الأسرار للنسفى ـ ج١ ص ٣٧٧، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ـ ج١ ص ٤٠٧.

(٣) سورة الشورى من الآية : [٣٨].

ويفيد بدلالة الإشارة على وجوب تخير الأمة لجماعة تراقب الحاكم وتشاركه فى سن أنظمة الحكم؛ لأن هذا الحكم من لوازم الحكم الثابت بطريق العبارة [1].

٤- قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[2].

فإن هذه الآية دلت بعبارتها على أن نفقة الوالدات المرضعات وكسوتهن واجبة على الوالد الذى عبر عنه المولى بقوله " المولود له"، وهذا الحكم هو المقصود قصدا أصليا من سياق الآية، ودلت بإشارتها على عدة أحكام منها.

١- أن الولد ينسب إلى الأب؛ لأن المولى أضاف الولد إليه بحرف اللام فيكون دالا على أنه المختص بالنسبة إليه، ولما كان الولد لا يختص بالوالد من حيث الملك بالإجماع، فيكون مختصا به من حيث النسب، وهذا النسب لازم للمعنى الذى وضع له لفظ اللام.

قال الرهاوى فى حاشيته ما نصه:

أحقية الوالد بالولد إما ملكا أو نسبا، والأول منتف بالإجماع، فتعين الثانى على وجه يترتب عليه فوائد زيادة على ما يترتب عليه

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ أبى زهرة ــ ص ١٤١.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٣].

مثلها بالنسبة إلى الأم كالإمامة الكبرى والكفاءة، واعتبار مهر المثل وغيرها من الأمور التى ينفرد بها الأب[1].

٢- أن نفقة الولد على أبيه لا يشاركه أحد فيها؛ لأنه لما لم يشاركه أحد فى النسب، فلا يشاركه أحد فى حكمه وهو الإنفاق؛ لأن من له غنم النسب يكون عليه غرم الإنفاق إذ الغرم بالغنم، وهذا الحكم لازم لما دل عليه النص بطريق العبارة لزوما ظاهرا[2] .

ما يترتب على هذه الآية من فروع بمقتضى ما ثبت بها من أحكام بطريق دلالة العبارة والإشارة.

قال الإمام السرخسى: فى بيان الفروع المترتب على هذا: أن للأب تأويلا فى تفسير الولد وماله، فإن الإضافة بحرف اللام دليل الملك كما يضاف العبد إلى سيده: فيقال هذا العبد لفلان، وإلى هذا أشار الرسول ﷺ بقوله " أنت ومالك لأبيك"[3]، ولثبوت التأويل له فى نفسه وماله قلنا: لا يستوجب العقوبة بإتلاف نفسه ولا يحد بوطء جاريته وإن علم حرمتها عليه.

(٣) ينظر حاشية الرهاوى على المنار ـــ ص ٥٢٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ـــ ج١ ص ٣٧٦، أصول السرخسى ـــ ج١ ص ٢٣٧.

(٣) رواه ابن ماجه: ينظر سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، حديث رقم ٢٢٨٢، الإمام أحمد ينظر: مسند الإمام أحمد ـــ حديث رقم ٦٦٠٨.

_ أن الأب لا يشاركه فى النفقة على الولد غيره؛ لأنه هـــو المختــص بالإضافة إليه، والنفقة تنبنى على هذا الإضافة كما وقعــت الإشــارة إليه فى الآية .

- إن استئجار الأم للإرضاع حال قيام النكاح بينهما لا يجـــوز؛ لأنـــه جعل النفقة لها عليه باعتبار عمـــل الإرضـــاع بقولـــه تعـــالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ [1] فلا يستوجب بدليـــن باعتبار واحد.

- أن ما يستحق بالإرضاع من النفقة والكسوة لا يشترط فيـــه إعـــلام الجنس والقدر وإنما يعتبر فيه المعروف، فيكون دليلا لأبى حنيفـــة ـــ رحمه الله ـــ فى جواز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها[2].

وقال ابن أمير الحاج:

ثبت أحكام من انفراده بنفقته والإمامة والكفاءة وعدمها، أى فظهر أثر هذا الاختصاص فى انفراد الوالد بوجوب نفقة الولـــــد عليـــه كالعبد لما كان مختصا بالمولى لا يشاركه أحد فى نفقتـــــه، وفـــى تعديه أحكام شرعت للأب مع عودتها إليه إذا كان على ما عليـــــه الأب من الصفات المشروطة لتلك الأحكام حتى لو كان الأب أهلا للإمامة الكبرى وكفء للقرشية لاستجماعه شرائطها التـــى منـــها

---

(١) سورة البقرة من الآية: [٢٣٣].

(٢) ينظر: أصول السرخسى ـــ ج١ ص ٢٣٧.

كونه قرشيا تعدى إلى الإبن كونه كذلك إذا توافرت فيه بقية شرائطها، ولو كان الأب غير أهل وكفء لهما لكونه جاهلا غير قرشى كان الابن كذلك، ما لم يخرجه الدليل ــ أى إلا ما أخرجه الدليل من الأحكام التى هى مقتضى اختصاصه بالنسب عنها كالحرية والرق، فإن الابن يتبع الأم فيهما، وإن اتصف الأب بضد ما الأم عليه منهما[1].

المبحث الرابع

أقسام دلالة الإشارة

<u>قال ابن عبد الشكور:</u> ومنها الإشارة وهى دلالة التزامية لا تقصد أصلا، والأذهان متفاوتة فى فهمها، لكونها بعلاقة اللزوم، وهو قد يكون جليا فدلالته جلية، وقد يكون خفيا فدلالته خفية[2].

<u>وقال الإمام السرخسى:</u> فمنه ــ أى من الثابت بالإشارة ــ ما يكون موجبا للعلم قطعا بمنزلة الثابت بالعبارة، ومنه ما لا يكون موجبا للعلم وذلك عند اشتراك معنى الحقيقة والمجاز فى الاحتمال مرادا بالكلام[3].

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١٠٧ ، ١٠٨.

(٢) ينظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ــ ج١ ص ٤٠٧.

(٣) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٣٧.

وقال **الكمال بن الهمام:** وقد يتأمل، أي يقع التأمل فى استخراج المعنى الإشارى من اللفظ، قال صاحب الكشاف: فكما أن إدراك ما ليس بمقصود بالنص مع المقصود به من قوة الإبصار، فإن فهم ما ليس بمقصود من الكلام فى ضمن المقصود به من قوة الذكاء[1].

وقال ابن أمير الحاج : وقد يتأمل أى يحتاج فى الوقوف على المعنى الإشارى إلى تأمل .. .. فإنها لا تفهم من الكلام أول ما يقرع السمع حتى قيل الإشارة من العبارة كالكناية من الصريح، والظاهر والإشارة وإن استويا من حيث الكلام لم يسق لهما قد افترقا من حيث إن الظاهر يعرفه السامع أول وهلة من غير تأمل فيه، والإشارة لا تعرف إلا بنوع تأمل واستدلال من غير أن تزاد على الكلام أو ينقص منه، ثم إن كان الغموض يزول بأدنى تأمل فهى إشارة ظاهرة، وإن كان محتاجا إلى زيادة تأمل فهى إشارة غامضة[2].

وعلى ضوء ما ورد عن العلماء نستطيع أن نقول : إن دلالة الإشارة أنواع، وذلك لأنه قد تكون دلالة الإشارة ظاهرة يمكن فهمها

---

(١) ينظر: تيسر التحرير ــ ج١ ص ٨٧.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١٠٧.

بأدنى تأمل، وقد تكون خفية يحتاج فهمها إلى دقة نظر وزيادة بصيرة وتأمل، ولهذا كانت محل اختلاف كبير بين المجتهدين لاختلافهم في التأمل فقد يفطن بعضهم لما لا يفطن له غيره، فيأخذ من العبارة الواحدة الكثير من الأحكام، وعليه فإن أقسام دلالة الإشارة كالآتي:

(١) ما تكون دلالة الإشارة فيه ظاهرة :

ومثاله قوله تعالى : ﴿ أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾ (١)، فهذا النص يدل بعبارته على إباحة الاتصال بالزوجة اتصالا جنسيا في أي لحظة من لحظات ليالي الصيام إلى طلوع الفجر، وهو المقصود الأول بالسياق، ويدل بإشارته على صحة الصوم مع الجنابة حيث يلزم من جواز إباحة الوقاع إلى آخر لحظة من الليل أن يطلع الفجر قبل التمكن من الاغتسال، وهذا اللزوم لزوما ظاهرا وواضحا(٢).

ويدل أيضا بإشارته على صحة نية الصوم بعد طلوع الفجر، وذلك يكون بالنية والإمساك، وبه عرفنا صحة النية بعد طلوع الفجر،

---

(١) سورة البقرة من الآية: [١٨٧].

(٢) ينظر: فواتح الرحمت بسرح مسلم الثبوت ــ ج١ ص ٤٠٧، ٤٠٨، كشف الأسرار للنسفي ــ ج١ ص ٣٢٧.

وأن جواز التقديم للتخفيف، إذ لا معنى لاشتراط نية الأداء في غير وقت الأداء[1].

ومن أمثلة دلالة الإشارة الظاهرة أيضا قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ [2]، فهذا النص يدل بعبارته على جواز الطلاق قبل الدخول، وقبل فرض المهر، وهذا المعنى هو المقصود الأصلي من سياق النص. ويدل بإشارته على صحة عقد النكاح من غير تسمية مهر؛ لأن الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح، وهذا اللزوم لزوم ظاهر وواضح[3].

٢- ما تكون دلالة الإشارة فيه خفية بحيث يحتاج إدراكها إلى دقة فهم وزيادة تأمل:

ومثاله قوله تعالى :﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ [4]، وقوله تعالى : ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وحمله وفصاله في عامين ﴾[5].

---

(١) ينظر: التوضيح على التنقيح ــ ج١ ص ٢٤٣، أصول السرخسي ج١ ص٢٣٧.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٦].

(٣) ينظر : تفسير النصوص ــ أ.د/ محمد مدكور سلام ــ ص ٨٠.

(٤) سورة الأحقاف من الآية : [١٥].

(٥) سورة لقمان من الآية : [١٤].

فهاتان الآيتان دلت كل منهما بطريق العبارة على إظهار فضل الوالدين خصوصا الوالدة لأنها تقاسي من آلام الحمل والوضع ما تقاسيه، وهذا الحكم هو الذي سيقت له الآيتان سوقا أصليا. ودلتا بطريق الإشارة على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر؛ لأن الآية الأولى قدرت مدة الفصال بحولين، فيلزم من ذلك أن الباقي من الثلاثين شهرا، وهو ستة أشهر أقل مدة للحمل، وقد خفي فهم ذلك على أكثر الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ واختص بفهمه عبد الله بن عباس أو علي بن أبي طالب على حسب اختلاف الرواية في ذلك، ولما أظهره لهم قبلوه منه واستحسنوا قوله.

قال الإمام البزدوي : روي أن امرأة ولدت لستة أشهر من وقت الزواج فرفع زوجها ذلك إلى عمر، وفي رواية إلى عثمان ﷺ فهم برجمها فقال علي أو عبد الله بن عباس: أما إنها لو خاصمتكم كتاب الله لخصمتكم أي غلبتكم في الخصومة، قال الله تعالى : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فأخذ عمر بقوله وأثنى عليه، ودرأ عنها الحد[1].

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوي ـ ج١ ص ٧٢، أصول السرخسي ـ ج١ ص ٢٣٧.

المبحث الخامس

حكم دلالة الإشارة

هذه الدلالة تثبت بها الأحكام المستفادة منها قطعا إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل فإذا كان الحكم الثابت بالإشارة عاماً فإنه يقبل التخصيص، وهذا عند جمهور الأحناف.

هذا وقد ذكر صاحب الكشف تفريعاً عن ذلك هو أن الإمام الشافعي ذهب إلى عدم جواز الصلاة على الشهيد عملاً بما دلت عليه إشارة النص في قوله تعالى : ﴿ بل أحياء عند ربهم يرزقون ﴾ [1] فالشهيد حي حكماً فلا يصلى عليه هذا حاصل كلامه.

وإن كان يرد عليه أن النبي ﷺ صلى على حمزة ﷺ سبعين صلاة.

لكن يرفع هذا الإيراد بأن حمزة ﷺ ربما كان مخصوصاً بجواز الصلاة عليه من بين سائر الشهداء فهي خصوصية له دونهم أو أنه خص من عموم الإشارة فبقى عدم الجواز فيما عداه على العموم[2]،

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوي ــ ج١ ص ٧٢، أصول السرخسي ــ ج١ ص ٢٣٧.

(٢) ينظر: كشف الأسرار ــ ج٢ ص ٢١٥، والمنطوق والمفهوم وموقف الأصوليين منهما ــ رسالة دكتوراه تحت رقم ٢٤٧ بكلية الشريعة ، ص ٣٠.

وهذا عن بعض العلماء، وذهب البعض الآخر إلى أن الأحكام المستفادة بالإشارة ظنية الثبوت، لهذا لو تعارضت مع دلالة العبارة قدمت عليها وهذا ما سوف نوضحه فيما يأتى :

تعارض دلالة العبارة مع دلالة الإشارة :

إذا تعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة مع الحكم الثابت بدلالة الإشارة قدم الحكم الثابت بدلالة العبارة على الحكم الثابت بدلالة الإشارة؛ لأن دلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة؛ لأن العبارة تدل على الحكم المقصود من ورود النص، والإشارة تدل على حكم غير مقصود من ورود النص، وما يكون مقصوداً بالورود أقوى مما لا يكون مقصوداً به.

مثال ذلك: قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ [1] فإنه يدل بإشارته على الآتى:

١- أن للأب على مال الولد شبهة ملك وزكاة لقوله ﷺ " أنت ومالك لأبيك " [2].

٢- أن يقدم الأب فى حق الإنفاق من مال الابن على من سواه، ولكن هذا يعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة الواردة فى قوله ﷺ وقد سأله بعض أصحابه قائلاً: من أحق الناس بحسن صحابتى يا رسول

---

(١) سورة البقرة من الآية : [٢٣٣].

(٢) سبق تخريجه ص .

الله؟ فقال ﷺ " أمك " قال: ثم من ؟ قال: " أمك" قال: ثم من ؟ قال: " أمك " قال: ثم من ؟ قال : أبوك[1]، فدل هذا النص بعبارته على أن نفقة الأم لا تؤخر في الوجوب عن نفقة الأب، وأنهما على الأقل في مرتبة واحدة، من هنا وقع التعارض فيقدم الحكم الثابت بدلالة العبارة على الحكم الثابت بدلالة الإشارة، وتكون الأم لها الأسبقية في وجوب الإنفاق عليها.

مثال آخر:

قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى﴾[2]، فإنه يدل بعبارته على وجوب القصاص في القتل العمد، لأن هذا هو المقصود من سوق الآية .

وقوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾[3]، فإنها تدل بطريق الإشارة على عدم وجوب القصاص في القتل العمد؛ لأن الله جعل جزاءه الخلود في النار واقتصر على ذلك في مقام البيان والاقتصار في مقام البيان يدل على الحصر، وهذا يستلزم أن القتل العمد لا يجب فيه القصاص، وهنا تعارض الحكم الثابت بدلالة العبارة مع الحكم الثابت

---

(١) هذا الحديث متفق عليه، وهو مروى عن أبى هريرة، ينظر: رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين ـــ ص ١١٧ ـــ ط دار الجبل ببيروت.

(٢) سورة البقرة من الآية : [١٧٨].

(٣) سورة النساء آية : [٩٣].

بدلالة الإشارة، فيقدم الحكم الثابت بالعبارة على الثابت بالإشارة، ويكـــون الحكم هو وجوب القصاص فى القتل العمد [1].

(١) ينظر: تيسير التحرير ــ ج٣ ص ٨٧.

الفصل الثالث

فى تعريف دلالة النص والفرق بينها وبين القياس وما ثبت بها من أحكام وأقسامها وحكمها، وتعارضها مع الإشارة والفروع المخرجة على دلالة النص

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة النص.

المبحث الثانى: الفرق بين دلالة النص والقياس.

المبحث الثالث: ما ثبت من أحكام بدلالة النص.

المبحث الرابع: أقسام دلالة النص.

المبحث الخامس: حكم دلالة النص.

المبحث السادس: تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة .

المبحث السابع: الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص.

الفصل الثالث

دلالة النص

المبحث الأول

تعريفها:

عرف الأصوليون دلالة النص بتعريفات متعددة:

حيث عرفها الإمام السرخسى بأنها: ما ثبت بمعنى النظم لغة لا استنباطا بالرأى[1].

وعرفها : الإمام النسفى بأنها: ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهاد[2].

وعرفها الإمام البزدوى بأنها: ما ثبت بمعنى النص لغة لا اجتهاداً ولا استنباطاً[3].

وعرفها ابن أمير الحاج بأنها: دلالة اللفظ على حكم منطوق لمسكوت لفهم مناطه بمجرد فهم اللغة[4].

---

(١) ينظر : أصول السرخسى ــ ج١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ــ ج١ ص ١٠٩.

(٣) ينظر : كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٧٣.

(٤) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج٢ ص ١٠٩

وعرفها صدر الشريعة بأنها: دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه نص كل من يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى [1].

وعرفها الشيخ الخضرى بأنها: دلالة اللفظ على ثبوت حكم ما ذكر لما سكت عنه لفهم المناط بمجرد فهم اللغة[2].

وعرفها بعض العلماء بأنها: فهم غير المنطوق بسياق الكلام ومقصوده[3].

كما عرفها بعضهم أيضاً بأنها: الجمع بين المنصوص وغير المنصوص بالمعنى اللغوى[4].

وعرفها الإمام سعد الدين التفتازانى بأنها : دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم كل من يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى[5].

---

(١) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح ــ ج١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ــ ص ١٢١.

(٣) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ــ ص ١٢١.

(٤) ينظر: حاشية نسمات الأسحار ــ ص ١٤٦.

(٥) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣١.

هذا وبعد ذكر ما ورد عن الأصوليين فى تعريف دلالة النص، نجد بأن هذه التعريفات وإن اختلفت فى اللفظ إلا أنها متحدة فى المعنى، ولهذا يمكن تعريف دلالة النص بأنها: دلالة الكلام على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما فى علة الحكم التى تفهم بمجرد فهم اللغة من غير احتياج إلى نظر واجتهاد، ويسميها عامة الأصوليين فحوى الخطاب؛ لأن فحوى الكلام معناه ولحنه أى مقصده، ويسميها بعض أصحاب الشافعى مفهوم الموافقة؛ لأن مدلول اللفظ فى محل السكوت موافق لمدلوله فى محل النطق، كما يسميها البعض بدلالة الدلالة؛ نظراً لاستفادة الحكم من معنى النص لا من لفظه، ويسميها آخرون: القياس الجلى.

وجه تسمية هذه الدلالة بدلالة النص:

وجه تسميتها بذلك هو أن الحكم الثابت بها لا يفهم من اللفظ وحدة كما فى دلالة العبارة ودلالة الإشارة بل يفهم من أمرين هما: اللفظ، ومناط الحكم الذى استفيد من اللفظ أى علة الحكم[1].

المبحث الثانى
الفرق بين دلالة النص والقياس

قال الإمام سعد الدين التفتازانى : دلالة النص: هى دلالة اللفظ على الحكم فى شئ يوجد فيه معنى يفهم كل من

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢١٩ ــ ٢٢٠.

يعرف اللغة أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى .. .. فخرج بقيد كل من يعرف اللغة يفهم أن الحكم فى المنطوق لأجل ذلك المعنى، القياس فإن المعنى فى القياس لا يفهمه كل من يعرف اللغة، فإنه لا يفهمه إلا المجتهد[١].

وقال الإمام السرخسى: يشترك فى معرفة دلالة النص كل من له بصر فى معنى الكلام لغة فقيها أو غير فقيه، أما القياس فهو معنى يستنبط بالرأى مما ظهر له أثر فى الشرع ليتعدى به الحكم إلى مالا نص فيه لا استنباط باعتبار معنى النظم لغة، ولهذا اختص العلماء بمعرفة الاستنباط بالرأى[٢].

وقال الإمام البزدوى : صح اثبات الحدود والكفارات بدلالات النصوص ولم يجز بالقياس؛ لأنه ثابت بمعنى مستنبط بالرأى نظراً لا لغة حتى اختص بالقياس، واستوى أهل اللغة كلهم فى دلالات الكلام.

---

(١) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣١.

(٢) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤١.

وباستقراء ما ورد عن علماء الأصول نقول: بأنه ذهب جمهور الأصوليين إلى أن دلالة النص مغايرة للقياس؛ لأن العلة فى دلالة النص تفهم بمجرد فهم اللغة من غير نظر واجتهاد، أما العلة فى القياس فإنها تحتاج إلى نظر واجتهاد.

وذهب البعض إلى أن دلالة النص نوعاً من القياس وتسمى قياس جلى؛ لأن العلة فى المسكوت عنه [الفرع] أولى بالحكم من العلة فى المنطوق به [الأصل][1].

تعارض الحكم الثابت بدلالة النص مع الحكم الثابت بالقياس

قال صدر الشريعة:

الثابت بدلالة النص كالثابت بالعبارة .. .. إلا عند التعارض هو فوق القياس لأن المعنى فى القياس مدرك رأيا لا لغة بخلاف الدلالة فيثبت بها ما يندرئ بالشبهات ولا يثبت بالقياس.

وقال الإمام سعد الدين التفتازانى:

قوله" وهو " أى الثابت بدلالة النص فوق الثابت بالقياس؛ لأن المعنى الذى يفهم أن الحكم فى المنطوق لأجله يدرك فى القياس بالرأى والاجتهاد، وفى دلالة النص باللغة الموضوعة لإفادة المعانى بمنزلة

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـج٢ ص ٢٢٠ ، ٢٢١.

الثابت بالنظم، وفى التعليل إشارة إلى أنه لا يقدم على القياس المنصوص العلة، ولا إلى أن دلالة النص مغايرة للقياس الشرعى[1].

(١) ينظر: التوضيح على التلويح جـ١ ص ١٣٦.

المبحث الثالث

أمثلة ما ثبت من أحكام بدلالة النص

ذكر الأصوليون أمثلة لما ثبت من الأحكام بدلالة النص، ومن الأمثلة ما يأتى :-

١- قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾[١] فإن النص يدل بعبارته على تحريم قول الولد لوالديه كلمة " أف لكما " وللتأفيف صورة معلومة، ومعنى لأجله ثبتت الحرمة، وهو إيذاء الوالدين وإيلامهما من ناحية أن صورة هذه الكلمة تدل على الضجر والضيق وسوء الأدب، وهذه العلة موجودة فى أمور أخرى أشد إيذاء وإيلاماً كالضرب والشتم والحبس وغيرها، فيتناولها النص الدال على تحريم التأفيف، ويثبت الحكم لها وهو التحريم بطريق دلالة النص[٢].

٢- ما روى أن ماعزا زنى وهو محصن فرجم[٣] وقد علم أنه ما رجم لأنه ماعز؛ بل لأنه زنى فى حالة الإحصان، فإذا ثبت هذا الحكم فى غيره كان ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس.

(١) سورة الإسراء من الآية : [٢٣].

(٢) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج ٣ ص ٢٢٠، اصول السرخسى ـج١ ص ٢٤٢.

(٣) رواه أبو داود ـ ينظر: سنن أبى داود ـ كتاب الحدود ـ حديث رقم ٣٨٨٣، ومسلم ـ ينظر : صحيح مسلم ـ كتاب الحدود ـ حديث رقم ٣٢٠٥، والترمذى ـ ينظر: سنن

٣- ما روى أن أعرابياً واقع زوجته فى نهار رمضان، فأوجب الرسول ﷺ الكفارة عليه باعتبار جنايته لا لكونه أعرابيا، فمن وجدت منه مثل تلك الجناية يكون الحكم فى حقه ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس[(١)]؛ وهذا لأن المعنى المعلوم بالنص لغة بمنزلة العلة المنصوص عليها شرعاً على ما قاله رسول الله ﷺ فى الهرة إنها ليست بنجسة إنها من الطوافين عليكم والطوافات[(٢)]، ثم هذا الحكم يثبت فى الفأرة والحية بهذه العلة بدلالة النص لا بالقياس.

٤- قوله ﷺ للمستحاضة:" إنه دم عرق انفجر فتوضئى لكل صلاة"[٣]، ثم ثبت ذلك الحكم فى سائر الدماء التى تسيل من العروق فيكون ثابتاً بدلالة النص لا بالقياس[(٤)].

الترمذى ـ كتاب الحدود ـ حديث رقم ١٣٤٧، والإمام أحمد ـ ينظر : مسنده حديث رقم ٢٠٢٢.

(١) ينظر: كشف الأسرار ـ ج ٢ ص ٢٢١.

(٢) رواه النسائى وأبو داود وأحمد ـ ينظر: سنن النسائى ـ كتاب الطهارة ـ حديث رقم ٦٨، وسنن أبى داود ـ كتاب الطهارة ـ حديث رقم ٧٥ ، ومسند الإمام أحمد ـ حديث رقم ٢٢٠٧٤.

(٣) هذا الحديث رواه النسائى (ينظر: سنن النسائى ـ كتاب الطهارة ـ حديث رقم ٢٠٦) والبخارى ، وينظر: صحيح البخارى ـ كتاب الحيض ـ حديث رقم ٢١٦، وينظر : صحيح مسلم ـ كتاب الحيض ـ حديث رقم ٥٠٢.

(٤) ينظر: أصول السرخسى ـ ج١ ص ٢٤٢.

المبحث الرابع

أقسام دلالة النص

تنقسم دلالة النص باعتبار علة الحكم إلى قسمين :

الأول: ما قطع فيه بعلية الحكم فى المنصوص عليه وبوجودها فى المسكوت عنه وهو نوعان:

أ- ما تكون العلة فى المسكوت عنه أولى بالحكم من المنصوص عليه ومثاله قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ فإن علة التحريم فى المسكوت عنه وهو الشتم والضرب والحبس وغيرهما أولى بالحكم من المنصوص عليه وهو التأفيف[1].

ب- ما تكون العلة فى المسكوت عنه مساوية فى الحكم للمنطوق به وليست بأولى بالحكم منه، مثال قوله تعالى :﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾[2] فقد دلت الآية بعبارتها على تحريم أكل أموال اليتامى ظلما بغير حق، ويفهم كل من يعرف اللغة أن علة النهى ما اشتمل عليه هذا الفعل من عدوان على مال اليتيم العاجز عن دفع الظلم، وهذه العلة متحققة فى

---

(١) ينظر: تيسير التحرير ـ ج١ ص ٩٠.

(٢) سورة النساء من الآية: [١٠].

المسكوت عنه الذى هو فى درجة المنطوق به وهو إحراق مال اليتيم أو إغراقه، فيثبت التحريم لهذا المسكوت عنه بدلالة النص[1].

الثانى: ما لا يقطع فيه بعلية الحكم فى المنصوص عليه، ولهذا كان محالا لبحث واجتهاد الفقهاء مما يترتب عليه اختلافهم فى مسائل فقهية كثيرة.

مثال ذلك : قوله ﷺ " لا قود إلا بالسيف "[2]، فهذا الحديث يحتمل معنيين:

الأول: أن الآلة التى تستعمل فى القود هى السيف فمن قتل إنسانا خنقاً أو تغريقاً أو تحريقاً، فإنه لا يقتص منه بنفس الطريقة وإنما يقتل بالسيف.

الثانى : أنه لا يقتص من القاتل إلا إذا كان قد استعمل السيف، وبناء على المعنى الثانى اختلف العلماء فى علية الحكم، وترتب على ذلك اختلافهم فى حكم القتل بغير السيف، فذهب الصاحبان والأئمة الثلاثة إلى أن العلة فى وجوب القصاص هى الضرب العمد بما لا يطيقه البدن، وبسبب هذا قالوا بوجوب القصاص على من قتل

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج٢ ص ٢٢٥، والتلويح على التوضيح ـ ج١ ص ١٣٤.

(٢) رواه الترمذى وابن ماجة ـ ينظر : سنن الترمذى ـ كتاب الديات ـ حديث رقم ١٣١٤، سنن ابن ماجه ـ كتاب الديات ـ حديث رقم ٢٦٥٧.

بمثقل كالحجر الكبير والهراوة الغليظة بل قالوا : إن الضرب بالمثقل أبلغ من ذلك؛ لأنه يزهق الروح بنفسه أما الجرح فبواسطة السراية.

وذهب أبو حنيفة: إلى أن العلة فى وجوب القصاص هو الجرح الناقض للبنية ظاهراً بتخريب البدن وباطنا بإزهاق الروح، أما القتل بالمثقل فإنه ينقض البنية الباطنية فقط، وبسبب هذا لم يوجب القصاص فى القتل بالمثقل وما شابهه[1].

ومن الأمثلة أيضاً:

حد اللواطة: حيث قال الإمام أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ يجب الحد فى اللواطة على الفاعل والمفعول به، بدلالة نص الزنا؛ فالزنا اسم لفعل معنوى له غرض وهو قضاء الشهوة على قصد سفح الماء بطريق حرام لا شبهة فيه، وقد وجد هذا كله فى اللواطة، فقضاء الشهوة بالمحل المشتهى وذلك بمعنى الحرارة واللين، ألا ترى أن الذين لا يعرفون الشرع لا يفصلون بينهما، والقصد منه السفاح؛ لأن النسل لا تصور له فى هذا المحل، والحرمة هنا أبلغ من الحرمة فى الفعل الذى يكون فى القبل فإنها حرمة لا تنكشف بحال، وإنما يبدل اسم المحل فقط، فيكون الحكم ثابتاً بدلالة النص لا بطريق القياس، وأبو حنيفة ﷺ يقول:

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ـ ج٢ ص ٢٢٥، والتلويح على التوضيح ـ ج١ ص١٣٤.

هو قاصر فى المعنى الذى وجب الحد باعتباره، فإن الحد مشروع زجراً وذلك عند دعاء الطبع إليه ودعاء الطبع إلى مباشرة هذا الفعل فى القبل من الجانبين، فأما فى الدبر فإن دعاء الطبع إليه من جانب الفاعل لا من جانب المفعول به، وفى باب العقوبات تعتبر صفة الكمال لما فى النقصان من شبهة العدم، ثم فى الزنا إفساد الفراش وإتلاف الولد حكماً فإن الولد الذى يتخلق من الماء فى ذلك المحل لا يعرف له والد لينفق عليه، وبالنساء عجز عن الاكتساب والإنفاق ولا يوجد هذا المعنى فى الدبر، فإنما فيه مجرد تضييع الماء بالصب فى غير محل منبت، وذلك قد يكون مباحاً بطريق العزل، فعرفنا أنه دون الزنا فى المعنى الذى لأجله أجب الحد، ولا معتبر بتأكيد الحرمة فى حكم العقوبة، ألا ترى أن حرمة الدم والبول آكد من حرمة الخمر ثم الحد يجب بشرب الخمر، ولا يجب بشرب الدم والبول للتفاوت فى معنى دعاء الطبع من الوجه الذى قررنا[1].

المبحث الخامس

حكم دلالة النص

هذه الدلالة تثبت بها الأحكام الشرعية قطعاً إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطع إلى الظن كالتخصيص والتأويل، ولكن مما يجدر

---

(١) ينظر : أصول السرخسى ـ ج١ ص ٢٤٣.

الإشارة إليه هنا أن العلماء قد اختلفوا في مدى قبول الحكم الثابت بدلالة النص للتخصيص.

فذهاب الأحناف إلى القول بأنه: لا يحتمل التخصيص وقد علل ذلك الإمام السرخسي بقوله: إن التخصيص بيان أن الكلام غير متناول له (أي للمخصص) ومعلوم أن الحكم الثابت بالدلالة ثابت بمعنى النص لغة، وبعد أن كان معنى النص متناولا له لغة يبقى احتمال كونه غير متناول له، وإنما يحتمل إخراجه من أن يكون موجباً للحكم فيه بدليل يعتد به، وذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً، وأما الشافعية فإنهم يرون أن الثابت بهذه يحتمل التخصيص(١).

وقد أشار إلى هذا الخلاف صاحب التلويح فقال: الثابت بالدلالة مثل الثابت بالعبارة والإشارة في كونه قطعيا مستنداً إلى النظم لاستناده إلى المعنى المفهوم من النظم لغة ولهذا سميت دلالة النص فيقدم على خبر الواحد والقياس، وأما في قبول التخصيص فلا مماثلة؛ لأن الثابت بالدلالة لا يقبله .. .. والأصح أنه يقبله صرح بذلك الإمام السرخسي(٢).

كما أشار إليه الإمام النسفي فقال:

اعلم أن الثابت بدلالة النص لا يحتمل التخصيص، أما عند من يقول: بأن المعاني لا عموم لها؛ لأن المعنى واحد وإنما كثرة محاله،

---

(١) ينظر: أصول الفقه لأبي زهرة ص ١٤٦، وأصول السرخسي ــ ج١ ص٢٤١، وما بعدها.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٦.

فظاهر؛ لأن الثابت بدلالة النص ثابت بمعنى النص، والتخصيص يستدعى سبق العموم وأما على قول من يقول: إن المعانى لها عموم وهو الجصاص وغيره فلأن معنى النص إذا ثبت علة لم يحتمل أن يكون غير علة وفى التخصيص ذلك، بيانه: أن من قال الموجب لحرمة التأفيف فى موضع النص هو الأذى فقد قال: بأن الشرع جعله علة الحرمة أينما وجد، حتى يمكنه التعدية، فمتى وجد هذا الوصف ولا حكم له فلم يكن على الحرمة، فكأنه قال: هو علة وليس بعلة وهو تناقض[1].

المبحث السادس

تعارض دلالة النص مع دلالة الإشارة

إذا تعارض الحكم الثابت بدلالة الإشارة مع الحكم الثابت بدلالة النص قدم الأول لأن ما ثبت بالإشارة ثابت باللفظ والمعنى، أما ما ثبت بالدلالة فهو ثابت بالمعنى فكان الثابت بالدلالة أضعف من الثابت بالإشارة لثبوته بالمعنى فقط، وثبوت غيره معنى ولفظاً، وما ثبت من وجهين أولى مما ثبت من وجه واحد، وقد أشار إلى هذا صاحب التلويح فقال: الثابت بالعبارة أو الإشارة مقدم على الثابت بالدلالة؛ لأن فيهما النظم والمعنى اللغوى، وفى الدلالة المعنى فقط فيبقى النظم سالما عن المعارض[2]، مثاله قوله تعالى :﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم

---

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ــ ج١ ص ٣٩٢، ٣٩٣.

(٢) ينظر : التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٦.

خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ [1] فإنه يدل بطريق الإشارة على أن القتل العمد لا تجب فيه الكفارة؛ لأن المولى ﷻ اقتصر فى بيان الجزاء على الخلود فى النار، ويلزم من الاقتصار على ذلك فى مقام البيان أن يكون الخلود فى جهنم هو كل جزاء القتل العمد، وليس فيه جزاء آخر، وهذا يتعارض مع الحكم المستفاد بطريق دلالة النص الوارد فى قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [2] فإنه يدل بطريق العبارة على وجوب الكفارة فى القتل الخطأ، ويدل بطريق النص على وجوبها فى القتل العمد؛ لأن الكفارة وجبت فى القتل الخطأ للزجر عن القتل، وإذا وجبت فى القتل الخطأ للزجر كان وجوبها فى القتل العمد أولى وأنسب؛ لأنه إذا وجبت الكفارة للزجر عما لا قصد فيه كان وجوبها فى الفعل الذى يتحقق فيه القصد أولى، ومن ثم يقدم الحكم الثابت بدلالة الإشارة على الحكم الثابت بدلالة النص، ويكون الحكم هو عدم وجوب الكفارة فى القتل العمد وهذا هو مذهب الحنفية ودليلهم:

أن دلالة الإشارة مأخوذة من النظم؛ لأنها مأخوذة من لوازمه، فإن ذكر الملزوم يقتضى ذكر اللازم، أما دلالة النص فإنها لا تفهم من منطوق اللفظ بل هى تؤخذ من مفهومه، وما يكون من المنطوق أولى فى الدلالة مما يكون من المفهوم.

---

(١) سورة النساء آية : [٩٣].

(٢) سورة النساء من الآية : [٩٢].

والشافعية يخالفون الحنفية ويقدمون دلالة النص على دلالة الإشارة فيوجبون الكفارة فى القتل العمد كما وجبت فى القتل الخطأ ودليلهم فى ذلك: أن دلالة النص تفهم لغة من النص فهى قريبة من دلالة العبارة، ودلالة الإشارة لا تفهم من النص لغة بل تفهم من اللوازم البعيدة للنصوص، وما يكون من عبارتها أولى بالأخذ مما يكون من اللوازم التى تختلف فيها الأفهام.

وأيضاً : فإن المعنى فى دلالة النص واضح المقصد من الشارع بخلاف اللوازم فإنها قد تكون مقصودة وربما لا تكون مقصودة[1].

المبحث السابع

الفروع الفقهية المخرجة على دلالة النص

١- وجوب الكفارة على المفطر في رمضان بغير عذر:-

أوجب الحنفية القضاء على المفطر بغير عذر بدلالة النص، وذلك لأنه لما وجب القضاء على المفطر فى رمضان بعذر المرض والسفر، وجب على المفطر بغير عذر حيث إنه فى الموضوعين ينعدم أداء الصوم الواجب فى الوقت، والمرض والسفر عذر فى الإسقاط لا فى الإيجاب، فعرف أن وجوب القضاء عليهما لانعدام الأداء فى الوقت

(١) ينظر: أصول أبى زهرة ــ ص ١٤٦.

بالفطر لغة، وقد وجد هذا المعنى بعينه إذا أفطر من غير عذر فيلزمـــه القضاء بدلالة النص[١].

(١) ينظر: أصول السرخسي ـ ج١ ص ٢٤٦.

٢- وجوب الكفارة في يمين الغموس:-

ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الكفارة فى اليمين الغموس؛ لأن الكفارة تسقط الإثم فيها كما تسقطه فى غير الغموس، ووجوب الكفارة فى الغموس بناء على ثبوتها فى اليمين التى حلفها صاحبها ثم حنث الحالف لاعتبارها إذ ذاك يمينا كاذبة، فإن وجوب الكفارة فى اليمين الغموس من باب أولى، خصوصاً وأن الكذب فى يمين البر طارئ وليس أصلياً بخلاف الكذب فى اليمين الغموس، فإنه متعمد من أول وهلة، فكان وجوب الكفارة فى يمين الغموس أولى، وهذا عمل بدلالة النص يؤيده قوله ﷻ : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ (١).

وذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب الكفارة فى اليمين الغموس بناء على أن اليمين الغموس محظورة فلا تصح للكفارة كالزنا والسرقة وشرب الخمر، أما اليمين غير الغموس فليست محظورة ابتداء، بل جائزة فتجبر بالكفارة عند الحنث فيها بخلاف محظورة الأصل، فالجهة بين اليمينين منفكة، وإذا كان الأمر كذلك فإن اليمين الغموس لا تجب فيها الكفارة كما هو الحال بالنسبة ليمين البر(٢).

---

(١) سورة المائدة : من الآية [٨٩].

(٢) ينظر: أصول السرخسى جـ١ ص ٢٦٤، والمهذب جـ٢ ص ١٤٢، والتلويح على التوضيح ج١ ص ١٣٦.

٣- وجوب سجود السهو علي من زاد أو نقص في صلاته عمدا:

قال الإمام الشافعي: يجب سجود السهو على من زاد أو نقص فى صلاته عمدا؛ لأن وجوب السجود عليه عند السهو باعتبار تمكن النقصان فى صلاته وذلك موجود فى العمل وزيادة، فيثبت الحكم فيه بدلالة النص.

وذهب الحنفية: إلى عدم وجوب سجود السهو عليه، وقالوا : إن ما استدل به الشافعية فاسد؛ لأن السبب الموجب بالنص شرعا هو السهو على ما قاله رسول الله ﷺ والسهو ينعدم إذا كان عامدا(١).

وحديث سجود السهو هو ما روى أن النبى ﷺ " صلى فسها فلم سلم سجد سجدتين ثم سلم"(٢).

(١) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤٨، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢٣٤.

(٢) رواه الإمام أحمد من طريق أبى هريرة ﷺ (ينظر : سنن الإمام أحمد جـ ٢ / ص ٤٤٠ كتاب الصلاة باب ما جاء فى التشهد فى سجدتى السهو) كما رواه النسائى فى السهو باب ذكر الاختلاف على أبى هريرة فى السهو (ينظر : سنن النسائى جـ ٣ / ص ٢٦) وأبو داود عن عمران بن حصين (ينظر سنن أبى داود جـ ١ / ص ٢٧٣).

الفصل الرابع

فى تعريف دلالة الاقتضاء والفرق بينها وبين دلالة الإشارة وأقسامها وعموم المقتضى وحكمها

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف دلالة الاقتضاء.

المبحث الثانى: الفرق بين دلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة .

المبحث الثالث : أقسامها.

المبحث الرابع: عموم المقتضى.

المبحث الخامس : حكم دلالة الاقتضاء.

الفصل الرابع

دلالة الاقتضاء

المبحث الأول

تعريفها:

الاقتضاء في اللغة: الطلب ومنه اقتضى الدين وتقاضاه أى طلبه.

وفى الاصطلاح: اختلفت عبارات الأصوليين فى تحديد معناها.

فعرفها صاحب كشف الأسرار بأنها: ما أضمر فى الكلام ضرورة صدق المتكلم ونحوه[1].

وعرفها الإمام السرخسى بأنها: دلالة اللفظ على زيادة على المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيدا أو موجبا للحكم[2].

وعرفها بعض العلماء بأنها: زيادة على النص لا يتحقق معنى النص بدونها فاقتضاها النص ليتحقق معناه ولا يلغو[3].

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج١ ص ٧٥، مختار الصحاح ص ٥٤٠.

(٢) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤٨.

(٣) ينظر: كشف الأسرار جــ ١ ص ٧٥.

وقال الشيخ محمد أبو زهرة : هى دلالة اللفظ على أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره[1].

وعرفها الإمام النسفى فقال : وأما الثابت باقتضاء النص فما لم يعلم النص إلا بشرط تقدمه عليه فإن ذلك أمر اقتضاء النص لصحة ما يتناوله[2].

وعرفها ابن عبد الشكور بأنها: دلالة المنطوق على ما يتوقف صحته عليه.

وباستقراء ما ورد عن العلماء فى تعريف دلالة الاقتضاء نجد أنهم وإن اختلفت عباراتهم فى اللفظ إلا أنها متحدة فى المعنى وعليه يمكن تعريف دلالة الاقتضاء بأنها:

" دلالة الكلام على معنى يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عقلا أو شرعا"

وبعد بيان معنى دلالة الاقتضاء لابد من الوقوف على أمور مهمة فى هذا البحث وهى:

١- المقتضى [بالكسر]

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ـ ص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ـ ج١ ص ٣٩٣.

٢- المقتضى [بالفتح].

٣- حكم الاقتضاء.

٤- الاقتضاء.

قال صاحب كشف الأسرار في توضيح هذه الأمور:

اعلم أن الشارع متى دل على زيادة شئ فى الكلام لصيانته عن اللغو فالحامل على الزيادة وهو صيانة الكلام يسمى بالمقتضى (بالكسر) والمزيد هو المقتضى (بالفتح)، ويسمى ما ثبت بالكلام المزيد حكم الاقتضاء، ودلالة الشرع على أن الكلام لا يصح إلا بالزيادة هى الاقتضاء[1].

ونقول في توضيح ما سبق:

إن صدق الكلام أو صحته قد يتوقف كل منهما على احتمال إضمار شئ فى الكلام للدلالة على صدقه أو صحته، وذلك إما أن يكون شرعيا أو عقليا، وذلك أن الشرع أو العقل قد يدل أحدهما وجوبا على شئ مقدر فى الكلام لصيانة هذا الكلام عن اللغو، ولولا هذا التقدير من الشرع أو العقل لكان الكلام بعيدا عن الفائدة فى الدلالة على حكم من الأحكام، فالأمر الحامل للمتكلم على تقدير شئ زيادة فى الكلام لصيانته عن اللغو، هو ما يسمى بالمقتضى بالكسر، وأما هذا المقدر الذى زيد فى

(١) ينظر: كشف الأسرار للبخارى ـ ج١ ص ٧٥.

الكلام لصيانته عن اللغو فهو المقتضى بالفتح، وكون الشرع أو العقل دالين على أن هذه الكلام لا يصح إلا بتقدير هذه الزيادة طالبين لها هو الاقتضاء، ثم إن هذا الأمر المقدر الذى لم ينطق به يعتبره المستدل كالمنطوق به من حيث إنه لابد منه لتصحيح المنطوق أو صدقه فهو حكم الاقتضاء.

قال صاحب التلويح[1] فى المثال على ذلك؛ لو قال شخص لآخر اعتق عبدك عنى بألف، فمقتضاه هو البيع؛ لأن اعتاق الرجل عبده بوكالة الغير ونيابته يتوقف على جعله ملكا له، وسبب الملك ههنا هو البيع بقرينة قوله عنى بألف فيكون البيع لازما متقدما لمعنى الكلام والاقتضاء هو دلالة هذا الكلام على البيع والمراد باللزوم هاهنا ما هو أعم من الشرعى والعقلى البين وغير البين.

المبحث الثانى

الفرق بين الاستدلال بدلالة الاقتضاء ودلالة الإشارة

قبل بيان الفرق بينهما نقول: تشترك دلالة الاقتضاء مع دلالة الإشارة فى أن كلاً منهما من قبيل الدلالة الالتزامية، فدلالة الاقتضاء تستلزم أمراً مقدراً لصدق أو صحة الكلام، ودلالة الإشارة تستلزم أمراً لازماً للمعنى المقصود من سياق الكلام لزوماً عقليا أو عادياً.

---

(١) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٧.

وتفترق دلالة الاقتضاء عن دلالة الإشارة فى أن اللازم المقدر فى دلالة الاقتضاء متقدم واجب التقديم، أما فى دلالة الإشارة فقد يكون لازمه متأخرا وهو الأكثر[1].

ولهذا قال صاحب كشف الأسرار على أصول البزدوى:

وأما المقتضى فالشئ الذى لم يعمل النص أى لم يفد شــيئا ولــم يوجب حكما إلا بشرط تقدم ذلك الشئ على النص.. .. وإنما شرط تقدمـه عليه؛ لأن ذلك أم اقتضاه النص لصحة ما تناول النص إياه، فتكون صحة النص متوقفة عليه توقف المشروط على الشرط فيقدم لا محالــة، ولمـا اقتضى النص ذلك الشئ لصحته صار ذلك الشئ مضافــا إلــى النــص بواسطة اقتضاء النص إياه[2]، وعلى هذا فالحكم الثابت بمقتضى النــص ثابت بالنص لا بالرأى.

وقال الإمام السرخسي: المقتضى: هو عبارة عــن زيــادة علــى المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيدا أو موجبــا للحكــم وبدونه لا يمكن إعمال المنظوم فكان المقتضى مع الحكم مضــافين إلــى النص .. .. فالثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثــابت بدلالــة النــص لا بمنزلة الثابت بطريق القياس[3].

---

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفى ــ ج١ ص ٣٩٣.

(٢) ينظر: كشف الأسرار للإمام البخارى ــ ج١ ص ٧٥.

(٣) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤٨.

المبحث الثالث

أقسام دلالة الاقتضاء

قسم الأصوليون دلالة الاقتضاء إلى ثلاثة أقسام بحسب المقتضى لتقدير المحذوف وهى كالآتى:

القسم الأول:

ما وجب تقديره لصدق الكلام كقوله ﷺ " لا صيام لمن لا يبيت النية "[1]، أى لا يقع الصيام صحيحاً لمن لا يبيت النية فتقدر الصحة ليصدق الكلام، إذ إنه لا يمكن أن يصدق الكلام إلا بذلك؛ لأن ظاهر الحديث يفيد أن صيام من لا يبيت النية غير موجود والواقع غير ذلك، فوجب تقدير أمر محذوف يتوقف صدق الكلام عليه، والمقدر هو كلمة " الصحة"، ويكون المعنى حينئذ لا صيام صحيح لمن لا يبيت النية.

القسم الثانى: ما وجب تقديره لصحة الكلام شرعاً، ومثاله قوله تعالى : ﴿حرمت عليكم الميتة ﴾[2] وقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم﴾[3]، فإن ظاهر الآيتين وجود الحرمة على الميتة وعلى

---

(1) رواه ابن ماجة وأبو داود والدارمى والبيهقى وأحمد والنسائى ومالك ــ ينظر: سنن ابن ماجة ــ ج١ ص ٥٤٢، وسنن أبى داود ــ رقم ٢٤٥٤، وسنن الدارمى ــ ج٢ ص ١٧٢، وسنن البيهقى ــ ج٢ ص ٢٠٢، وموطأ مالك ــ ج١ ص ٢٨٨، والنسائى ــ كتاب الصيام ــ حديث ٢٢٩١.

(2) سورة المائدة من الآية : [٣].

(3) سورة النساء من الآية : [٢٣].

الأمهات، ومن المعروف أن الحرمة وهى من الأحكام الشرعية لا تتعلق بالذوات؛ وإنما تتعلق بالأفعال، فلابد من محذوف ومقدر يتوقف عليه صحة الكلام شرعاً، وهو فى الآية الأولى يقدر بكلمة " أكل"، وفى الثانية بكلمة "زواج"، ويكون المعنى فى الآية الأولى حرمت عليكم أكل الميتة، وفى الثانية حرمت عليكم زواج الأمهات.

القسم الثالث: ما وجب تقديره لصحة الكلام عقلاً كقوله تعالى : ﴿ فليدع ناديه ﴾[1]، فإن النادى وهو المكان لا يدعى عقلاً وإنما الذى يدعى من يكونون فيه، ولذا قدروا كلمة " أهل " فقالوا المعنى فليدع أهل ناديه، وقوله تعالى : ﴿ واسأل القرية ﴾ [2] فإن القرية وهى المكان لا تسأل عقلا، وإنما الذى يسأل من يكونون فيها ولذا قدروا كلمة " أهل " فقالوا : واسأل أهل القرية [3].

---

(١) سورة العلق من الآية [١٧].

(٢) سورة القرية من الآية : [٨٢].

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج١ ص ٧٦، وأصول السرخسى ــ ج١ ص ٣٩٥.

المبحث الرابع

عموم المقتضى

قال صاحب التلويح: لا عموم للمقتضى على لفظ اسم المفعول أى اللازم المتقدم الذى اقتضاه الكلام تصحيحاً له إذا كانت تحته أفراد، ونقول قبل بيان الخلاف:

تحريم محل النزاع:

إذا كان المقتضى والمقدر بالقرينة خاصة (أى متعين) وجب تقديره خاصاً كما فى قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾، أما إذا كان المقتضى عاماً أى يدخل تحته أفراد كثيرون فاختلفوا هل يقدر عاماً أم لا ؟

فقال الأحناف :

إنه لا يقدر عاما ذهابا منهم بأن المقتضى لا عموم له؛ لأنه ثبت ضرورة صدق الكلام أو صحته والضرورة تندفع بقدرها، فإذا كانت الضرورة تندفع بإثبات فرد من أفراد العام فلا حاجة إلى إثبات ما وراءه.

وقال الشافعية :

إنه يقدر عاما ذهابا منهم إلى القول بعموم المقتضى؛ لأن المقتضى بمنزلة المنصوص فى ثبوت الحكم به حتى كان الحكم الثابت

به كالثابت بالنص لا بالقياس، فكذا فى إثبات صفة العموم فيه، فيجعل كالمنصوص، والمعنى لا ينفك عن لفظه، فيعطى حكمه، وحيث إن النص يدخله العموم فكذا ما يقتضيه، ونوقش هذا الدليل: بأن هناك فرقا بين المقتضى والنص إذ النص يعمل بنفسه من غير حاجة إلى تقدير، أما المقتضى فإنه قدر للحاجة حتى إذا كان المنصوص مفيدا بدون المقتضى لا يثبت المقتضى شرعا ولا لغة، والثابت للحاجة يتقدر بقدرها ولا حاجة إلى إثبات صفة العموم للمقتضى، فإن الكلام مفيد بدونه وهو نظير إباحة تناول الميتة للمضطر، فإنه ينبغى أن يقتصر فيها على قدر الحاجة فقط دون التحول والحمل[1] والتنازل إلى الشبع لا يثبت حكم الإباحة فيه، بخلاف المنصوص فإنه عامل بنفسه، فيكون بمنزلة حل المذكاه يظهر فى حكم التناول وغيره مطلقا.

الرأى الراجح

هذا، والذى نرجحه هو قول أصحاب الرأى الأول وذلك لقوة أدلتهم وردهم على أدلة أصحاب المذهب الثانى.

---

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج١ ص ٧٦، شرح الإسنوى على منهاج البيضاوى ــ ج٢ ص ٧٤، شرح العضد على مختصر المنتهى ــ ج٢ ص ١١٦، أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤٨، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ــ ج١ ص ٤١٢، التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٧.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى القول بعموم المقتضى وعدمه فى بعض الفروع الآتية :

١- قوله ﷺ :" رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"(١)، فإن ظاهر الحديث يفيد أن الخطأ والنسيان والإكراه لا يوجد شئ منها فى الأمة، ولكن الواقع غير ذلك بدليل وقوعه من أمته ﷺ ، فلابد من تقدير شئ حتى يكون الكلام صحيحا لاستحالة رفع الشئ بعد وقوعه، وهذا المقدر هو " حكم " أى رفع حكم الخطأ والنسيان والإكراه، والحكم عام لأنه يشمل الدنيوى والأخروى، لكن الأحناف يقولون إن الاقتضاء ثبت ضرورة والضرورة تندفع بتقدير أحد النوعين، وهو الحكم الأخروى؛ لأنه متفق عليه، ولأن الله قد وضع للخطأ عقوبة دنيوية فى قوله تعالى :﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ (٢) فلا يكون له عقوبة أخروية؛ لأنه لا يعاقب على الفعل مرتين ولو كان ذلك لذكره المولى ﷻ.

---

(١) هذا الحديث: أخرجه الحاكم فى المستدرك ــ كتاب الطلاق ــ ينظر : المستدرك ــ ج٢ ص ١٩٨، وابن ماجة ــ كتاب الطلاق ــ ينظر: سنن ابن ماجه ــ ج١ ص ٦٥٩، والبيهقى ــ كتاب الخلع والطلاق ــ ينظر : سنن البيهقى ــ ج٧ ص ٣٥٦.

(٢) سورة النساء من الآية : [٩٢].

والشافعية : الذين يقولون بعموم المقتضى يبقون هذا المقدر على عمومه، وعليه يكون الحكم عندهم شاملاً للدنيوى والأخروى[1].

٢- قوله ﷺ :" إنما الأعمال بالنيات"[2]، فإنه ليس المراد عين العمل، فإن ذلك متحقق بدون النية وإنما المرد الحكم وقد ثبت ذلك بمقتضى الكلام، فقال الشافعى يعم ذلك حكم الدنيا والآخرة فيما يستدعى القصد والعزيمة من الأعمال قولا بعموم المقتضى.

وقال الحنفية: المراد حكم الآخرة وهو أن ثواب العمل بحسب النية؛ لأن ثبوته بطريق الاقتضاء ولا عموم للمقتضى، وعلى هذا نقول: هل يقع طلاق الواحد بنية الثلاث، كما إذا قال لزوجته أنت طالق أو طلقتك ونوى ثلاثا، فإنه على قول الشافعى تعمل نيته؛ لأن قوله طالق يقتضى طلاقاً وذلك كالمنصوص عليه، فتعمل نيته الثلاث فيه قولاً بالعموم فى المقتضى.

وذهب الحنفية: إلى أن قوله طالق نعت مفرد، ونعت الفرد لا يحتمل العدد، والنية إنما تعمل إذا كان المعنى من محتملات اللفظ ولا يمكن إعمال نية العدد باعتبار المقتضى؛ لأنه لا عموم للمقتضى

---

(١) ينظر: أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٥١.

(٢) رواه الإمام البخارى ومسلم وأبو داود ــ ينظر: فتح البارى بشرح صحيح البخارى ــ ج١ ص٩، وصحيح مسلم بشرح النووى ــ ج٤ ص ٥٧١، سنن أبى داود ــ ج٢ ص ٢٦٢.

ولأن المقتضى لا يجعل كالمصرح به فى أصل الطلاق، فكيف يجعل كالمصرح به فى عدد الطلاق؟

وبيانه: أنه إذا قال لامرأته: زورى أباك أو حجى، ونوى به الطلاق لم تعمل نيته ومعلوم أن ما صرح به يقتضى ذهابا لا محالة ثم لم يجعل بمنزلة قوله اذهبى حتى تعمل نيته الطلاق فيه، يقرره أن قوله طالق نعت للمرأة، فإنما يعتبر فيه من المقتضى ما يكون قائما بالموصوف والطلاق من هذا اللفظ مقتضى هو ثابت بالواصف شرعا، فإنه لا يكون صادقا فى هذا الوصف بدون طلاق يقع عليها، فيجعل موقعا ليتحقق هذا الوصف منه صدقا، ومثل هذا المقتضى لا يكون كالمصرح به شرعا، بخلاف قوله أنت بائن، فإن ذلك نعت فرد نصا حتى لا يسع نية العدد فيه لو نوى ثنتين ولكن البينونة تتصل بالمحل فى الحال(١).

<u>وقال صاحب التلويح فيما تقدم:</u>

قد وقعت فى باب الطلاق عبارات متشابهة صحت عن أبى حنيفة ﷺ نية الثلاث فى بعض منها مثل طلقى نفسك، دون بعض مثل أنت طالق أو طلقتك، وإذا صرح بالمصدر مثل أنت طالق طلاقا صحت نية الثلاثة اتفاقا.

---

(١) ينظر: أصول السرخسى ج١ ص ٢٥٤،المهذب ج٢ ص ٨٤، بداية المجتهد ج٢ ص٨١،٨٢.

وذلك لأن الطلاق فى أنت طالق وطلقتك ثابت بطريق الاقتضاء، فلا يعم جميع ما تحته من الأفراد وهو الثلاث، وفى طلقى نفسك ثابت بطريق اللغة، فيكون كالملفوظ فيصبح جمله على الأقل وعلى الكل كسائر أسماء الأجناس وتحقيق ذلك فى أنت طالق يدل بحسب اللغة على اتصاف المرأة بالطلاق لا على ثبوت الطلاق عند الرجل بطريق الإنشاء، وإنما ذلك أى الطلاق الثابت بطريق الإنشاء عن الرجل أمر شرعى ثبت ضرورة أن اتصاف المرأة بالطلاق يتوقف شرعا على تطليق الزوج إياها، فيكون ثابتا بطريق الاقتضاء، فيقدر بقدر الضرورة.. بخلاف طلقى نفسك، فإنه مختصر من افعلى فعل الطلاق من غير أن يتوقف على مصدر مغاير لما ثبت ضمن الفعل؛ لأنه لطلب الطلاق فى المستقبل فلا يتوقف إلا على تصور وجوده ، فيكون الطلاق الثابت به هو نفس مصدر الفعل فيكون ثابتا لغة لا اقتضاء فيكون بمنزلة الملفوظ، فيصح حمله على الأقل وعلى الكل وإن لم يكن عاما.. .. وكذا إذا كان مذكورا نحو طلقى طلاقا، وأنت طالق طلاقا، وطلقتك طلاقا، فإنه لا دلالة على العموم كيف وهو نكرة فى الاثبات، فإن قلت: فمن أين صحت نية الطلاق قلت: من جهة أن الطلاق اسم دال على الواحد حقيقة أو حكما وهو المجموع من حيث المجموع أعنى الطلقات الثلاث؛ لأن المجموع فى باب الطلاق[1].

(١) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٣٨، ١٣٩.

المبحث الخامس

حكم دلالة الاقتضاء

دلالة الاقتضاء تثبت بها الأحكام قطعا إلا إذا وجد ما يصرفها عن القطيعة إلى الظنية كالتخصيص والتأويل، هذا وقد وقع خلاف بين الأصوليين فى المقتضى من حيث كونه يقبل العموم أو أنه لا يدخله العموم على النحو المتقدم بيانه.

تعارض دلالة الاقتضاء مع دلالة النص

إذا تعارض الحكم الثابت بمقتضى النص مع الحكم الثابت بدلالة النص، قدم الثانى على الأول؛ وذلك لأن دلالة النص أقوى من دلالة الاقتضاء من حيث إن الثابت بدلالة النص ثابت بفحوى اللفظ لغة، وأما الثابت بالاقتضاء فإن ثبوته ليس باللفظ ولا بفحواه بل بأمر آخر تطلبه صدق النص أو صحته.

ولهذا قال الإمام السرخسي : إن الثابت بطريق الاقتضاء بمنزلة الثابت بدلالة النص لا بمنزلة الثابت بالقياس إلا عند المعارضة فإن الثابت بدلالة النص أقوى؛ لأن النص يوجبه باعتبار المعنى لغة والمقتضى ليس من موجباته لغة، وإنما ثبت شرعا للحاجة إلى إثبات الحكم به[1].

---

(١) ينظر: أصول السرخسى جـ١ ص ٢٤٨.

وقال الإمام النسفي أيضا: إن الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بدلالة النص إلا عند المعارضة فإن الثابت بدلالة النص حينئذ أقوى منه، لأن النص يوجبه باعتبار المعنى لغة، والمقتضى ليس من موجباته لغة، وإنما يثبت شرعا للحاجة إلى تصحيح المنطوق.

كما قال صاحب شرح نور الأنوار: إن الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بدلالة النص أى هما سواء فى إيجاب الحكم القطعى، إلا أنه تترجح الدلالة على الاقتضاء عند المعارضة مثاله: قول ﷺ لعائشة ـ رضى الله عنها ـ " حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالمال"[1] فإنه يدل باقتضاء النص على أنه لا يجوز غسل النجس بغير الماء من المائعلت، لأنه لما أوجب الغسل بالماء، فتقتضى صحته أن لا يجوز تغير الماء، ولكنه بعينه يدل بدلالة النص على أنه يجوز غسله بالمائعات، وذلك لأن المعنى المأخوذ منه الذى يعرف كل أحد هو التطهير وذلك يحصل بهما جميعا، ألا ترى أن من ألقى الثوب النجس، لا يؤاخذ باستعمال الماء فيه، لأن المقصود، وهو إزالة النجاسة حاصل على كل حال فرجحت الدلالة على الاقتضاء.

---

(١) رواه الإمام الترمذى عن أسماء بنت أبى بكر (ينظر : سنن الترمذى جـ١/ ص ١٩، باب الطهارة والدارمى (ينظر : سنن الدارمى جـ ١ / ١٩٧) والنسائى (ينظر : سنن النسائى جـ ١ ص ١٥٥) وأبو داود (ينظر : سنن أبى داود جـ ١ / ص ٧٠).

قال الإمام الخاري : ما وجد لمعارضة المقتضى مع الأقسام المتقدمة نظير، ولقد رد هذا الادعاء صاحب شرح نور الأنوار فقال: وما قيل من أن مثاله لم يوجد فى النصوص، فإنما هو من قلة التتبع[١].

(١) ينظر: كشف الأسرار مع شرح نور الأنوار ج١ ص ٣٩٨، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ج١ ص ٧٥، وأصول الفقه لأبى زهرة ص ١٤٦.

الفصل الخامس

أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف

الفصل الخامس

أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عند الأحناف

بعد أن ذكرنا أقسام الدلالة اللفظية عند الأحناف نشرع فى بيان أقسام الدلالة الوضعية غير اللفظية عندهم فنقول:

قسم الحنفية الدلالة الوضعية غير اللفظية إلى أربعة أقسام وسموها بيان الضرورة، وهذه الأقسام الأربعة كلها دلالة سكوت، وتلحق اللفظية فى إفادة الأحكام وهى كالآتى:

الأول: أن يلزم عند مذكور مسكوت عنه كما فى قوله تعالى فى بيان ميراث الأبوين : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس ﴾ (١).

فإن هذا السياق يدل على انحصار إرثه فى أبويه، واختصاص الأم بالثلث ولازمه المسكوت عنه، وهو لأبيه الثلثان، فليس مجرد السكوت دليلا على ذلك وإنما هو ناتج من الانحصار، وببيان نصيب أحد المستحقين كما فى قول القائل: دفعت لك مالى مضاربة على أن لك نصف الربح، فمعلوم أن الربح منحصر فيهما وقد بين نصيب أحدهما، فيلزم منه أن نصيب الثانى هو الباقى

---

(١) سورة النساء من الآية [١١]

الثانى: دلالة حال الساكت الذى وظيفته البيان مطلقاً أو فى تلك الحادثة كسكوته ﷺ على أمر يشاهده من قول أو فعل، فإنه يدل على الإذن فيه إذا لم ينكره ومن هنا كان تقريره ﷺ قسماً من السنة كقوله وفعله ومن هذا القسم سكوت البكر إذا استأذنها وليها أو رسوله فى تزويجها من معين فسكتت، فإن هذا ينزل منزلة الرضا لدلالة الحال.

الثالث: اعتبار سكوت الساكت دلالة كالنطق لدفع التغرير، كدلالة سكوته عند رؤيته محجوره يبيع ولا ينهاه على إذنه له فى التصرف لأن ذلك لو لم يعتبر إذنا لأصاب الناس ضرر إذ هم يستدلون بهذا السكوت على الإذن فلا يمتنعون عن معاملة المحجور، وهذا تغرير بالناس وضرر لهم ودفع الضرر عنهم واجب، ومنه دلالة سكوت الشفيع عن طلب الشفعة طلب التقرير بعد تمكنه منه على إسقاط الشفعة لضرورة دفع الضرر عن المشترى.

الرابع: دلالة السكوت على تعين معدود تعورف حذفه ضرورة طول الكلام بذكره كما يقولون مائة ودرهم أو دينار أو قفيز من بر مثلا، فالسكوت عن مميز المائة يدل عرفا على أنه فى الأول درهم وفى الثانى دينار وفى الثالث قفيز، والظاهر أن هذه الدلالة فى هذه الأحوال ليست لمجرد السكوت وإنما هى للقرائن التى حفت بالسكوت[1].

---

(١) ينظر: أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ص ١١٨، ١١٩.

الباب الثانى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور

ويشتمل على فصلين

الفصل الأول: دلالة المنطوق ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : فى تعريفها.

المبحث الثانى : فى أقسامها.

الفصل الثانى : دلالة المفهوم ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : فى تعريفها

المبحث الثانى: فى أقسامها.

الباب الثانى

طرق دلالة اللفظ على المعنى عند الجمهور

قسم جمهور الأصوليين اللفظ من حيث دلالته على المعنى إلى قسمين:

دلالة المنطوق.

دلالة المفهوم.

وهذا التقسيم للدلالة، هو الذى اختاره الإمام البخارى[1]، وهناك بعض من العلماء ذهب إلى أن المنقسم إلى المنطوق والمفهوم هو المدلول، وهو المختار عند الإمام سعد الدين التفتازانى[2].

ونقول: إن الخلاف لا يؤثر فى المراد؛ لأن تقسيم أحدهما يقتضى تقسيم الآخر، إذ المدلول هو المعنى الثابت بالدلالة، فإذا انقسم المدلول إلى منطوق ومفهوم انقسمت الدلالة تبعا لذلك، وبذلك يكون الخلاف لفظيا، لا يترتب عليه أية ثمرة فى الأحكام الشرعية.

وجه انحصار الدلالة عند الجمهور فى هذين القسمين:

هو أن الذى يستفاد من اللفظ نوعان:

أحدهما: متلقى من المنطوق به المصرح بذكره.

---

(١) ينظر: نهاية السول ـ ج١ ص ٣١١.

(٢) ينظر : حاشية السعد على مختصر بن الحاجب ج١ ص ١٧١.

والثانى: متلقى من فحوى اللفظ، وهو مسكوت عنه لا ذكر له ولا تصريح به، ونعنى بالمنطوق هنا المنطوق به أى اللفظ المتكلم به، وربما أطلق على المعنى كذلك اصطلاحا، قال العطار فى حاشيته على جمع الجوامع:" وإطلاقه على المعنى حقيقة اصطلاحية وإلا فالمعنى لا ينطق به وإنما ينطق باللفظ"[1].

وحيث علمنا ذلك فقد آن لنا أن نتكلم عن الأقسام السابقة فنقول:-

(١) ينظر: حاشية العطار على جمع الجوامع ـ ج ١ ص ٢٧٩.

الفصل الأول

فى تعريف دلالة المنطوق وأقسامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف المنطوق.

المبحث الثانى : أقسام دلالة المنطوق ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: المنطوق الصريح,

ويشتمل على مسألتين :

المسألة الأولى : فى تعريفه,

المسألة الثانية: فى أقسامه.

المطلب الثانى: المنطوق غير الصريح

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: فى تعريفه

المسألة الثانية : فى أقسامه.

الفصل الأول

دلالة المنطوق

المبحث الأول

تعريف المنطوق:

المنطوق فى اللغة: الملفوظ، وهو مأخوذ من نطق بمعنى تكلم بصوت واشتمل كلامه على حروف ومعانى[1]، فالمنطوق إذاً هو:

الكلام الذى نطق به المتكلم وتلفظ به، وسواء أكان المتلفظ به حكماً أو ذاتاً وسواء أدل اللفظ على الحكم الملفوظ به بنحو الحقيقة مثل قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [2] أم بنحو المجاز مثل قوله تعالى: ﴿ أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ [3]، حيث دل الكلام المركب بمنطوقه فى الآية الأولى على جواز البيع وتحريم الربا بنحو الحقيقة، ودل فى الثانية على وجوب التيمم عند عدم الماء ووجود الجنابة المعبر عنها باللمس مجازاً (وهذا عند الأحناف الذين يفسرون اللمس فى الآية بالجماع، أما عند غيرهم فاللمس فى

(١) ينظر: مختار الصحاح ـ ص ٦٧.

(٢) سورة البقرة من الآية [٢٧٥].

٣ سورة النساء من الآية

حقيقته ليس فى الآية حينئذ)، وأما دلالة المنطوق على الذوات فذلك كنحو أحمد ومصطفى إلى غير ذلك من سائر الذوات[1].

وفى اصطلاح الأصوليين :

وهو ما دل عليه اللفظ فى محل النطق "[2]، وهذا هـو التعريـف المختار عند الجمهور، ولهذا سوف نتعرض لشرحه ونرد على مـا ورد عليه من اعتراضات.

قولهم" ما " اسم موصول بمعنى الذى وهـو مدلـول اللفـظ، أى المعنى الثابت به، وتفسير " ما " فى التعريف المتقدم بأنـها مصدريـة، ذهب إليه ابن الحاجب، وذهب بعض الأصوليين إلى أنها واقعـة علـى معنى.

وقد انبنى على الخلاف فى تفسير " ما " خلافهم فى كون المنطوق والمفهوم هل هما من أقسام المدلول أو من أقسام الدلالة، والراجـح مـا ذهب إليه الجمهور من أن المنطوق والمفهوم قسمان للمدلول لا للدلالة إذ هو بذلك يكون أعم فى تناول أسماء المعانى والذوات، فيكون بذلك أشـمل مما لو جعل من أقسام الدلالة فإنه إذ ذاك، لا يتناول نحو زيد ممـا هـو ذات الحكم.

---

(١) ينظر: تيسر التحرير ــ ج١ ص ٩١، وفواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤١٣.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١١٠، إرشاد الفحول للشوكانى ــ ص ٣٠٢، مختصـر ابن الحاجب بشرح العضد ــ ج١ ص ١٧١، والمحلى على جمع الجوامـع ــ ج١ ص ٢٣٢، الإحكام للآمدى ج١ ٣ ص ٦٧، ومنهاج العقول ــ ج١ ص ٣٠٩.

قال ابن أمير الحاج: ثم كونهما من أقسام الدلالة هو الذى مشى عليه القاضى عضد الدين[1].

و"ما" جنس فى التعريف يشمل كل مدلول اللفظ سواء أكان مدلول اللفظ مطابقتا أم تضمينا أم التزاما، كما يشتمل مدلول غير اللفظ، كطلب الشرب الذى هو مدلول الإشارة بوضع اليد على الفم خاصة، وخرج به ما ليس بمدلول.

وقولهم " فى محل النطق" قيد ثان خرج به المفهوم؛ لأنه ليس فى محل النطق وإنما فى محل السكوت.

والمراد به: المتلفظ به بأن يكون حكما لمذكور مثل قوله تعالى: ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ [2]، فإن " أف " الذى هو محل الحكم ملفوظ به فى الكلام، وحكمه التحريم لدلالة النهى على ذلك.

والمعتبر فى المنطوق ذكر محل الحكم فى الكلام سواء ذكر الحكم كالآية السابقة أم لم يذكر بأن كان الحكم معلوما لكونه جوابا عن سؤال، بأن قال قائل لغيره مثلا: أتجب الزكاة فى الغنم السائمة والمعلوفة، فيجيبه المسئول بقوله: فى السائمة فقط، أى تجب فى السائمة فقط، فهنا حذف الحكم لكونه معلوما من السؤال[3] وعلى هذا يكون تعريف دلالة

---

(١) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١١١، شرح العضد على مختصر المنتهى ــ ج٢ ص ١٧١.

(٢) سورة الإسراء من الآية [٢٣].

(٣) ينظر : التقرير والتحبير جـ١ ص ١١٠ ، ١١١.

المنطوق: هى دلالة اللفظ على المعنى فى محل النطق لا فى محل السكوت.

ا ورد عليه من اعتراضات والجواب عنها:

أورد الآمدى على تعريف جمهور الأصوليين لدلالة المنطوق اعتراض فقال: إن هذا التعريف غير صحيح، لأن الأحكام المضمرة فى دلالة الاقتضاء مفهومة من اللفظ فى محل النطق، ولا يقال لشئ من ذلك منطوق اللفظ فالواجب أن يقال : المنطوق ما يفهم من دلالة اللفظ قطعا فى محل النطق[1] وذلك كتحريم التأفيف للوالدين من قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ، وعلى هذا يكون التعريف غير مانع.

والجواب عنه:

أن الدلالة فى اللفظ المنطوق به ناشئة من وصفه للمعنى الذى دل عليه، وليست ناشئة من توقف صحته على مضمر من الكلام كما هو الحال فى دلالة الاقتضاء[2].

ما يقابل دلالة المنطوق عند الأحناف:

إن دلالة المنطوق عند الجمهور يقابلها دلالة العبارة والإشارة والاقتضاء عند الأحناف، وقد اشار إلى دلك الإمام البخارى فقال: اعلم أن عامة الأصوليين من أصحاب الشافعى قسموا دلالة اللفظ إلى منطوق

---

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ـ ج٣ ص ٦٢.

(٢) ينظر: تقريرات الشربينى على جمع الجوامع ج١ ص ٢٧٣.

ومفهوم وقالوا : دلالة المنطوق " ما دل عليه اللفظ فى محـــل النطــق"، وجعلوا ما سميناه عبارة وإشارة واقتضاء من هذا القبيل[١].

المبحث الثانى

أقسام دلالة المنطوق

تنقسم دلالة المنطوق إلى قسمين:

منطوق صريح.

منطوق غير صريح.

وسأتناول بيانهما فى مطلبين .

المطلب الأول

المنطق الصريح

المسألة الأولى: تعريفه:

عرفه ابن أمير الحاج بأنه: ما كانت دلالة اللفظ فيه ناشـــئة عــن مجرد الوضع[٢].

وعرفه الإمام الشوكانى بأنه: ما دل عليـــه اللفـــظ بالمطابقيـــة أو التضمين[٣].

(١) ينظر:كشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢٥٣.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ــ ج١ ص ١١١.

(٣) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٢.

وعرفه ابن الحاجب بأنه: ما وضع له اللفظ سواء دل عليه مطابقة أو تضمينا[1].

وعرفه الإمام البدخشى بأنه : ما دل عليه اللفظ مطابقة أو تضمنا لا ما يفهم من سوق الكلام[2].

وهذه التعريفات وإن اختلفت فى اللفظ إلا أنها متحدة فى المعنى، وعلى هذا يمكن تعريف المنطوق الصريح بأنه:" ما كانت دلالة اللفظ فيه ناشئة عن مجرد الوضع"، فيشمل كلا من الدلالة المطابقية والتضمينية كدلالة لفظ إنسان على الحيوان الناطق فى المطابقية أو دلالته على الحيوان فقط، أو الناطق فقط فى التضمينية[3].

المسألة الثانية : أقسام المنطوق الصريح:

ينقسم المنطوق الصريح إلى :

١- مفرد **٢- مركب**

المراد بالمفرد هنا:هو ما لا يدل جزؤه على حزء المعنى الموضوع له، وهذا صادق بصورتين:

ألا يكون له جزء أصلا كهمزة الاستفهام إذا انفردت.

---

(١) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد ـ ج٢ ص ١٧١.

(٢) ينظر: شرح البدخشى على منهاج البيضاوى ـ ج ١ ص ٣٠٨.

(٣) ينظر: تيسير التحرير ـ ج١ ص ٩٢، وشرح العضد ج٢ ص ١٧١، ومنهاج العقول ج١ ص ٣١١، وفواتح الرحموت ـ ج١ ص ٤١٤، والتقرير والتحبير ج١ ص ١١١.

ما له جزء ولكنه لا يدل على معنى كالزاى والياء والدال من " زيـد " إذا انفرد كل حرف منها.

فإن قيل: إن من نطق بهذه الحروف يدل نطقه بها على حياة المتكلم بـهذه الحروف، فيكون النطق بكل حرف منها على حدة قد دل علـى معنـى، وهو أن المتكلم بها حى.

أجيب: بأن دلالتها حينئذ على حياته ليست من باب الدلالة اللفظيـة، بـل هى من باب الدلالة العقلية، وهى خارجة عن موضوعنا.

فإن قيل: إن كلا من هذه الحروف إذا انفرد دل على عدد الحروف مـن حيث هو عددها

أجيب: بأنه اصطلاح لأهل العرف وليس توقيفاً[(١)].

والمركب: هو ما دل جزؤه على جزء المعنـى الموضـوع لـه دلالـة مقصودة.

المطلب الثانى

المنطوق غير الصريح

المسألة الأولى: تعريفه:

عرفه ابن أمير الحاج بأنه : دلالة اللفظ على لازم له[(٢)].

---

(١) ينظر : حاشية العطار على جمع الجوامع ــ ج١ ص ٢٨٤.

(٢) ينظر: التقرير والتحبير ج١، ص ١١١، أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ــ ص١٢١.

وعرفه ابن الحاجب بأنه: دلالة اللفظ على ما لم يوضع اللفظ له بل هو لازم من لوازمه[1].

وعرفه الإمام الشوكانى بأنه: ما دل عليه اللفظ بالالتزام [2].

وعرفه ابن الهمام بأنه: دلالة اللفظ على ما يلزم[3].

وعرفه الإمام الأسنوى بأنه: ما دل على اللفظ التزاما[4].

وباستقراء ما ورد عن العلماء فى تعريف المنطوق غير الصريح نجد أن الاختلاف بينهم فى تعريفه اختلاف فى العبارة واللفظ دون المعنى، وعليه يمكن تعريف المنطوق غير الصريح بأنه:" ما لم يوضع اللفظ له بل هو لازم من لوازمه مثاله قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾[5]، فإنه دل على أن نفقة الولد على الأب دون الأم، ولو نظرنا إلى لفظ اللام فى الآية نجد أنه لم يوضع لإفادة هذا الحكم؛ وإنما وضع للدلالة على أن الولد ينسب لأبيه، وقد أفاد الحكم الأول بطريق الالتزام[6].

المسألة الثانية: أقسام المنطوق غير الصريح

---

(١) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد ــ ج٢ ص ١٧١.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول للشوكان ــ ص ٣٠٢.

(٣) ينظر: تيسير التحرير ج١ ص ٥٢.

(٤) ينظر: نهاية السول ــ ج١ ص ٣١١.

(٥) سورة البقرة من الآية : [٢٣٣].

(٦) ينظر: أصول السرخسى ج١ ص ٢٣٧.

قسم الجمهور[1] المنطوق غير الصريح إلى ثلاثة أقسام:

١- دلالة الاقتضاء ٢- دلالة الإيماء ٣- دلالة الإشارة.

وجه الحصر فى هذه الأقسام الثلاثة :

قال الإمام محمد بن الحسن البدخشى فى بيان وجه الانحصار (مع تجوز): أن المدلول عليه بالالتزام إما أن يكون مقصوداً من اللفظ بالذات، وإما أن لا يكون مقصوداً، فإن كان مقصوداً للمتكلم فذلك بحكم الاستقراء نوعان:

أحدهما: أن يتوقف على ذلك المدلول صدق الكلام فى صحته عقلاً أو شرعاً، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة اقتضاء، أى أن اللفظ يقتضى ذلك المدلول وليس بنص صريح فيه.

وثانيهما: أن لا يتوقف على ذلك المدلول صدق الكلام أو صحته، فدلالة اللفظ عليه دلالة إيماء وتنبيه.

وإن لم يكن المدلول عليه بالالتزام مقصوداً للمتكلم، فدلالة اللفظ عليه تسمى دلالة الإشارة [2].

---

(١) سار على هذا التقسيم من الجمهور ابن الحاجب وابن الهمام وأبو الفتوح فى مختصر التحرير وشرحه، وخالفهم فى هذا التقسيم بعض العلماء منهم الآمدى والغزالى، وقد ورد عليها بعض المناقشات والمآخذ، كما جعل التقسيم الراجح هو ما ذهب إليه غيرهم من العلماء. ينظر: مختصر المنتهى ج٢ ص ٣٥٣، تيسير التحرير ج٢ ص ٩٢، الإحكام للآمدى ج٣ ص ٦٢، إرشاد الفحول للشوكانى ص ٣٠٢ المتسصفى ج٢ ص ١٤٥.

(٢) ينظر: منهاج العقول ــ ج١ ص ٢١١، ٢١٢.

١- دلالة الاقتضاء:

"هى دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً، وقد تقدم المثال لها فى الكلام عن دلالة الاقتضاء عند الحنفية.

٢- دلالة الإيماء[١]:

عرفها الإمام الشوكانى فقال: " دلالة الإيماء أن يقترن اللفظ بحكم لو لم يكفى للتعليل لكان بعيداً"[٢].

وعرفها بعض العلماء بأنها: هى اقتران وصف بحكم لو لم يكن للتعليل لكان القرآن بعيداً، وهذا محله باب القياس.

مثالها:

قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾[٣]، فقد رتب الحكم وهو القطع على الوصف وهو السرقة، فلو لم يكن الوصف هنا لتعليل الحكم لكان بعيداً، ومن الأمثلة أيضاً: ما روى أن أعرابياً جاء إلى النبى

---

(١) دلالة الإيماء: تسمى عند البعض " دلالة التنبيه"، ولا فرق بين التسميتين إلا أن يقال : إن الإيماء يستدعى التنبيه ويدل عليه، فيكون التنبيه مدلولا عليه بالإيماء ودال السامع فى نفس الوقت، ينظر: شرح العضد ــ ج١ ص ١٧٢، فواتح الرحموت ج١ ص ٤١٢، وتيسير التحرير ج١ ص ٩٢.

(٢) ينظر : إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٢.

(٣) سورة المائدة من الآية : [٣٨].

ﷺ فقال: هلكت يا رسول الله، قال: " ما أهلكك؟" فقال: وقعت على امرأتى فى نهار رمضان، فقال النبى ﷺ : " أعتق رقبة"[1].

فحكم النبى ﷺ بعتق رقبة عقب قول الأعرابى وقعت على امرأتى فى نهار رمضان، يدل بطريق الإيماء أن الوقاع علة الحكم[2].

٣- دلالة الإشارة :

هى دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم[3].

وقد ذكرنا أمثلتها فى الكلام عن دلالة الإشارة عند الحنفية.

هذا وإذا دل اللفظ على المعنى بمنطوقه: فإما أن يكون المنطوق واحداً بمعنى أن اللفظ لم يستعمل إلا فى معنى واحد، وحينئذ فلا خلاف فى أن اللفظ يحمل على هذا المعنى عند الإطلاق ما دام لم يوجد من القرائن ما يمنعه من حمله عليه سواء أكان هذا المعنى شرعى أو عرفى أو لغوى.

أما إذا كان المنطوق متعدداً بمعنى أن اللفظ قد استعمل فى معان متعددة بعضها شرعى وبعضها عرفى، وبعضها لغوى وشاع استعماله

---

(١) رواه مسلم وأحمد- ينظر: صحيح مسلم ـ كتاب الصيام ـ حديث رقم ١١١١، ومسند أحمد حديث رقم ٧٧٢٧.

(٢) ينظر: تيسير التحرير ج١ ص ٩٢.

(٣) ينظر: الإحكام للآمدى ج٣ ص ٦١ وما بعدها.

فى هذه المعانى، فقد اختلف العلماء فيما يحمل عليه اللفظ من هذه المعانى على أقوال أهمها ما يأتى :

القول الأول:

وهو المختار للإمام البضاوى: أن اللفظ يحمل على المعنى الشرعى، ثم المعنى العرفى ثم المعنى اللغوى؛ وذلك لأن مقصود الشارع هو بيان الشرعيات دون غيرها فيحمل اللفظ على ما يقصده الشارع منه، ولذلك حمل قول النبى ﷺ " فى الغنم السائمة زكاة"[1] على الزكاة الشرعية دون الزكاة اللغوية، وهى النماء، فإذا تعذر الحمل على المعنى الشرعى، حمل على المعنى العرفى، أى المتعارف عليه عند التخاطب به، فلو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً لا يحنث، وذلك إذا كان المتعارف عليه أن المسجد لا يسمى بيتاً، فهنا لا يحمل البيت على ما يشمل المسجد بل يحمل على ما عداه، وإذا تعذر المعنى العرفى، حمل اللفظ على المعنى اللغوى تصحيحاً للكلام؛ لأن عدم حمل اللفظ عليه يجعل المتكلم به لغواً، وهو بعيد عن العقلاء فضلاً عن الشارع الحكيم.

---

(١) رواه الإمام البخارى وأبو داود والنسائى والطبرانى والدارمى عن أنس وابن عمر مرفوعاً بألفاظ مختلفة ينظر: صحيح البخارى ــ ج١ ص ٢٣٧، سنن أبى داود ج٢ ص ٩٦ ــ حديث رقم ١٥٦٧ ، سنن النسائى ــ ج٤ ص ٢٨، وسنن الدارمى ج١ ص ٣٨١، وتخريج أحاديث البزدوى ص ١٣٧.

القول الثاني:

لا يحمل اللفظ على واحد من هذه المعانى، بـــل يكـــون مجمـــلاً، ويتوقف حمله على أحدها بخصوصه حتى تقوم القرينة عليه سواء وقـــع اللفظ فى الإثبات أو فى النفى.

ووجه هذا القول: أن اللفظ قد استعمل فى كل منـــها، ولا قرينـــة ترجح حمله على أحدها بخصوصه دون الآخر، فكان حمله على أحدهـــا بخصوصه ترجيحاً بلا مرجع وهو باطل(١).

(١) ينظر: منهاج العقول ـــ ج١ ص ٣٠٩، وشرح العبرى على منهاج البيضاوى ـ رسالة لنيـل درجة الماجستير بكلية الشريعة ـــ ١٩٩١م ـــ ص ٢٧٢.

الفصل الثانى

فى تعريف دلالة المفهوم وأقسامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : فى تعريف دلالة المفهوم

المبحث الثانى : فى أقسامها.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: فى مفهوم الموافقة.

ويشتمل على خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريفه. المسألة الثانية: شرطه.

المسألة الثالثة: أقسامه من حيث الحكم. المسألة الرابعة: حكمه.

المسألة الخامسة: أقسامه من حيث القطع والظن بعلية الحكم.

المطلب الثانى: فى مفهوم المخالفة:

ويشتمل على عشر مسائل:-

المسألة الأولى : تعريفه المسألة الثانية : حجيته.

المسألة الثالثة: شروط العمل به المسألة الرابعة: أثر الاختلاف فى العمل بمفهوم المخالفة

المسألة الخامسة: أقسام مفهوم المخالفة. المسألة السادسة: مفهوم اللقب

المسألة السابعة: مفهوم الصفة المسألة الثامنة: مفهوم الشرط

المسألة التاسعة: مفهوم العدد المسألة العاشرة: مفهوم الغاية

الفصل الثاني

دلالة المفهوم

المبحث الأول

تعريف المفهوم:

المفهوم في اللغة: المعلوم، وهو اسم مفعول مأخوذ من فهم بكسر الهاء بمعنى علم، والمراد به حصول المعنى في ذهن السامع[1]، كما يطلق المفهوم على اللحن، وهو الفهم، ولهذا يقول الأصوليين في مفهوم الموافقة لحن الخطاب.

وفي اصطلاح الأصوليين: أورد لها تعريفات متعددة منها ما يأتي:-

١- **عرفها ابن الحاجب بأنها:** ما يدل على اللفظ لا في محل النطق أي يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله[2].

٢- **وعرفها الإمام الشوكاني بأنها:** ما يدل عليه اللفظ لا في محل النطق أي يكون حكماً لغير المذكور وحالاً من أحواله[1].

---

(١) ينظر: مختار الصحاح ـ ص ٥١٣، لسان العرب ج٢ ص ١٤١٣.

(٢) ينظر: مختصر المنتهى بشرح العضد ـ ج٢ ص ١٧١.

٣- وعرفها الشيخ محمد الفتوحى الحنبلى بأنها: ما دل عليه اللفظ في غير محل النطق[٢].

وباستقراء ما ورد عن الأصوليين فى تعريفهم لدلالة المفهوم نجد بأنهم وإن اختلفوا فى اللفظ إلا أنهم اتفقوا فى المعنى[٣]، وعليه يمكن تعريف دلالة المفهوم بأنها: " ما دل عليه اللفظ فى غير محل النطق" وهذا ما اختاره الشيخ محمد الفتوحى الحنبلى وسوف نقتصر عليه فى الشرح والبيان فنقول:د

شرح التعريف:

قوله "ما " اسم موصول بمعنى الذى، وهو المعنى المدلول للفظ، وهو جنس فى التعريف يشمل كل مدلول للفظ، ومدلول غير اللفظ كمدلول الإشارة.

وقوله " دل عليه اللفظ" قيد أول خرج به مدلول الإشارة فإنها ليست لفظا وكذا مدلولها لم يدل عليه اللفظ بل الإشارة.

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٢.

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٨٠.

(٣) ينظر: تعريفات الأصوليين للمفهوم أيضا فى : المحلى على جمع الجوامع، وحاشية البناني عليه ج١ ص ٢٤٠، والمستصفى ــ ج٢ ص ١٩١، ومنهاج العقول ــ ج١ ص ٣١١ــ وتيسير التحرير ــ ج١ ص ٩١.

وقوله " فى غير محل النطق" قيد ثان خرج به المنطوق؛ لأنه فى محل النطق والمراد به فى غير محل التلفظ.

مثاله: تحريم ضرب الوالدين وشتمهما وحبسهما، فإن الضرب والشتم والحبس لم يذكر شيئا منها فى قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ [١]، لكن الآية دلت على تحريم الضرب والحبس والشتم لكونها أولى بالتحريم من المحل المذكور وهو التأفيف، وعلى هذا يمكن أيضا تعريف دلالة المفهوم بأنها: دلالة اللفظ على المعنى لا فى محل النطق والتلفظ بل فى محل السكوت.

وتعرف هذه الدلالة بالدلالة المعنوية، كما تعرف بالدلالة الالتزامية وهى دلالة اللفظ على لازم المعنى كدلالة لفظ إنسان على الكتابة أو الضحك[٢]، هذا وبعد بيان التعريف وشرحه نذكر تتمة فنقول:-

اختلف العلماء فى استفادة الحكم من المفهوم مطلقا، هل هو بدلالة العقل من جهة التخصيص بالذكر، أم مستفاد من اللفظ على قولين[٣]؟

الأول: وهو ما ذهب إليه أبو المعالى فى البرهان من كون استفادة الحكم من اللفظ[٤].

(١) سورة الإسراء من الآية [٢٣].

(٢) ينظر: نشر البنود ج١ ص ٩٦، الآيات البينات ج٢ ص ١٦، حاشية البنانى ج١ ص ٢٤١ وتقريرات الشربينى على جمع الجوامع ج١ ص ٢٣٩.

(٣) ينظر: المحصول ــ ج١ ق٢ ــ ص ٦٥٤ ، المستصفى ج٢ ص ٧٠.

(٤) ينظر: البرهان ــ ج١ ص ٤٤٨.

الثانى: وهو لبعض العلماء حيث ذهبوا إلى أن استفادة الحكم بدلالة العقل.

دليل أبى المعالى : هو أن اللفظ لا يدل بذاته، وإنما دلالته بالوضع، ولا شك أن العرب لم تضع اللفظ ليدل على شئ مسكوت عنه؛ لأنه إنما يشعر به بطريق الحقيقة أو بطريقة المجاز، وليس المفهوم واحداً منهما، ولا خلاف فى أن دلالته ليست وضعية إنما هى إشارات ذهنية من باب التنبيه بشئ على شئ[1].

(١) ينظر: المرجع السابق بنفس الصفحات، وشرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٨٠.

المبحث الثاني

أقسام دلالة المفهوم

قسم جمهور العلماء دلالة المفهوم إلى قسمين:

مفهوم موافقة.

مفهوم مخالفة.

وقبل بيان هذه الأقسام بالتفصيل نريد أن نشير إلى أن الإمام البيضاوى[1] قد خالف الجمهور فى هذا التقسيم، حيث جعل المنطوق مقصوراً على الصريح أما غير الصريح، وهو المدلول الالتزامى فى اللفظ أو دلالة الالتزام فقد جعله من قبيل المفهوم.

ولذلك فقد قسم الإمام البيضاوى دلالة المفهوم إلى ما يأتى:

١-دلالة اللفظ على لازم معنى ناشئ عن معنى لفظ مفرد، وتعرف هذه الدلالة بدلالة الاقتضاء.

٢-دلالة اللفظ على لازم معنى ناشئ عن لفظ مركب، وهذا ينقسم إلى قسمين؛ لأن حكم اللازم المسكوت عنه إن كان موافقاً لحكم الملزوم المصرح به، بأن كان حكم كل منهما الندب أو الوجوب مثلا سمى مفهوم موافقة.

---

(١) وكذا من حذا حذوه وسار على منوافه ــ ينظر : منهاج العقول ــ ج١ ص ٢١١.

وإن كان حكم اللازم يخالف حكم الملزوم، بأن كان أحدهما واجباً والآخر محرماً سمى مفهوم مخالفة.

والآن وبعد أن بينا ما يتعلق بالتقسيم عند جمهور الأصوليين والإمام البيضاوى نعود إلى بيان الأقسام السابقة بالتفصيل فنقول:

المطلب الأول

مفهوم الموافقة

المسألة الأولى: تعريفه:

هو دلالة اللفظ على إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه، أى يكون المسكوت عنه موافقاً للمذكور فى الحكم نفياً أو إثباتاً.

وعرفه الآمدى بأنه: ما يكون مدلول اللفظ فى محل السكون موافقاً لمدلوله فى محل النطق(١).

وسمى مفهوم موافقة؛ لأن المسكوت عنه وافق المنطوق به فى الحكم ويسمى أيضاً بفحوى الخطاب، ولحنه ــ أى لحن الخطاب ــ فلحن الخطاب ما لاح فى أثناء اللفظ، كما يسمى بالقياس الجلى.

---

(١) ينظر: الأحكام للآمدى ج٣ ص ٦٢، والتمهيد للأسنوى ــ ص ٦٥، وتيسير التحريـر ــ ج١ ص ٩٤ واللمع ــ ص ٢٥، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٧٢، وروضة الناظر ــ ص ٢٦٣، وفواتح الرحموت ج١ ص ٤١٤ ، ونشر البنود ــ ج١ ص ٩٥، والبرهـان ــ ج١ ص ٤٩٩، والمستصفى ــ ج٢ ص ١٩١ ، وشرح تنقيح الفصول ــ ص ٥٤.

وقيل بأن الفحوى ما نبه عليه باللفظ، واللحن ما يكون محالا على غير المراد في الأصل أو الوضع[1].

المسألة الثانية : شرطه:

يشترط للعمل بمفهوم الموافقة ما يأتي:

١- فهم المعنى من اللفظ في محل النطق، أي أن المسكوت عنه مفهوم لغة في الجملة من غير أن يكون موقفا على الاجتهاد.

٢- أن يفهم أن المفهوم أولى من المنطوق أو مساوٍ له.

وممن نص على هذين الشرطين القاضي أبو يعلى في العدة وأبو الخطاب في التمهيد[2]، وبعضهم يسمى الأولوى بفحوى الخطاب، والمساوى بلحن الخطاب.

المسألة الثالثة : أقسامه:

ينقسم مفهوم الموافقة إلى قسمين:

الأول: أولوى، وهو ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به كضرب الوالدين وشتمهما وحبسهما، فإنها أولى بالتحريم من التأفيف المنطوق به في قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ لكون الأذى فيها أبلغ وأشد من التأفيف.

(١) ينظر: أدب القاضي للماوردي ــ ج١ ص ٦١٧.

(٢) ينظر: المستصفى ــ ج٢ ص ١٩١، وروضة الناظر ــ ص ١٣٨، والآيات البينات ــ ج٢ ص ١٦، وحاشية البناني ــ ج١ ص ٢٤١، والعدة ــ ج١ ص ١٥٢.

الثاني: مساو، وهو ما كان الحكم فى المسكوت عنه مساويا للحكم فى المنطوق به، كتحريم إحراق مال اليتيم أو إغراقه، فإنه مساو لتحريم أكل ماله ظلماً، والثابت بقوله تعالى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا ﴾ [1]، إذ العلة فى تحريم أكل مال اليتيم ظلماً هى إتلاف ماله وضياعه، وهذه العلة مساوية لعلة تحريم إحراق ماله أو إغراقه، فتحريم إحراق مال اليتيم أو إغراقه للإتلاف وضياع المال، فكما يتحقق هذا بالأكل يتحقق كذلك بالإحراق أو الإغراق؛ لأن كلا من الأكل والإحراق والإغراق مضيعة للمال والمقصود به هو المحافظة على مال اليتيم[2]، هذا وقد يكون الحكم فى المسكوت عنه أدنى من المنطوق به كدلالة قوله تعالى : ﴿ ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ﴾ [3]، على تأدية ما دون القنطار، قال الآمدى: والدلالة فى جميع ما تقدم لا تخرج عن أن تكون من قبيل التنبيه بالأدنى على الأعلى وبالأعلى على الأدنى[4]، وزاد بعض العلماء والتنبيه على المساوى فى الحكم[5].

---

(١) سورة النساء من الآية [١٠].

(٢) ينظر: جمع الجوامع ــ ص ٢٤١.

(٣) سورة آل عمران : آية [٧٥].

(٤) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج ٢ ص٦٢ ، والمسودة ــ ص ٣٤٦.

(٥) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٢ــ ٣٠٣.

المسألة الرابعة: حكمه:

مفهوم الموافقة حجة، قال ابن مفلح: ذكره بعضهم إجماعاً، لتبادر فهم العقلاء إليه، واختلف النقل عن داود الظاهرى[1].

وقال الآمدى: اتفق أهل العلم على صحة الاحتجاج به إلا ما نقل عن داود الظاهرى أنه قال ليس بحجة، ودليل كونه حجة : أنه إذا قال السيد لعبده: لا تعط زيداً حبة، ولا تقل له أف، ولا تظلمه بذرة، فإنه يتبادر إلى الفهم من ذلك امتناع إعطاء ما فوق الحبة، وامتناع الشتم والضرب، وامتناع الظلم بالدينار وما زاد.. .. وكذا لامتناعه من أكل ما زاد على اللقمة كالرغيف، وشرب ما زاد على الجرعة[2].

هذا وبعد اتفاق الجمهور على حجية مفهوم الموافقة ، وقع خلاف بينهم فى أن مستند الحكم فى محل السكوت هل هو فحوى الدلالة اللفظية أو الدلالة القياسية؟

اختلف العلماء فى ذلك على قولين :

الأول: وهو أن دلالته لفظية أى أن مستند الحكم فى محل السكوت هو فحوى الدلالة اللفظية، وهذا ما عليه الحنفية[3] والمالكية[4] وبعض

---

(١) ينظر: المسودة ــ ص ٣٤٦.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٣، ٦٤، وشرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٨٣.

(٣) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ٩٤، وفتح الغفار ــ ج ٢ ص ٤٥، وكشف الأسرار ــ ج١ ص ٧٢، وفواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤٠٨، أصول السرخسى ــ ج١ ص ٢٤١.

(٤) ينظر: شرح العضد على مختصر بن الحاجب ــ ج٢ ص١٧٢، ونشر البنود ــ ج٣ ص ٩٦.

الشافعية ، ونص عليه الإمام أحمد بن حنبل، وحكاه ابن عقيل عن الحنابلة[1]، كما أنه اختيار لجماعة من المتكلمين[2].

هذا وقد اختلف أصحاب هذا القول فيما بينهم في أنه: هل المسكوت عنه فهم من القرائن الخارجية والسياق أم بطريق الإلتزام؟

فذهب الإمام الغزالى[3] والآمدى[4]: إلى أن الصحيح أنه فهم من السياق والقرائن، والمراد بالقرائن هنا: المفيدة للدلالة على المعنى الحقيقة لا المانعة من إدارته؛ لأن قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ونحوه من مستعمل فى معناه الحقيقة غايته أنه علم منه حرمة الضرب والشتم والحبس بقرائن الأحوال وسياق الكلام، واللفظ لا يصير بذلك مجاز كالتعريض.

وذهب بعض العلماء: إلى أن اللفظ حقيقة عرفية فى المعنى الالتزامى الذى هو الضرب.

قال الكروانى عن هذا القول: إنه باطل؛ لأن المفردات مستعملة فى معانيها اللغوية[5].

---

(١) ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر ــ ص ٢٦٣، المسودة ص ٣٤٦.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٣.

(٣) ينظر: المستصفى ــ ج٢ ص ١٩٠.

(٤) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٧.

(٥) ينظر: شرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٨٤، ٤٨٥.

الثانى:

هو أن دلالته قياسية، وهذا ما عليه الإمام الشافعى والقفال الشاشى ونقله الهندى فى النهاية عن الأكثرين[1].

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

١- قالوا إن العرب إنما وضعت هذه الألفاظ للمبالغة فى التأكيد للحكم فى محل السكوت، وأنها أفصح من التصريح بالحكم فى محل السكوت، ولهذا فإنهم إذا قصدوا المبالغة فى كون أحد الفرسين سابقاً على الآخر، قالوا هذا الفرس لا يلحق غبار هذا الفرس، وكان هذا عندهم أبلغ من قولهم هذا الفرس سابق لهذا الفرس، وكذلك إذا قالوا: فلان يأسف بشم رائحة مطبخه، فإنه أفصح عندهم وأبلغ من قولهم فلان لا يطعم ولا يسقى[2].

٢- قالوا أيضاً إنه يفهم لغة قبل شرع القياس، ولا ندرج أصله فى فرعه نحو لا تعطيه ذرة[3]، ويشترك فى فهمه اللغوى وغيره بلا قرينة.

---

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٧، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٧٣، والمحلى على جمع الجوامع ــ ج٢ ص ٢٤٢، واللمع ص ٢٥.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٤.

(٣) فيدل على عدم إعطاء الأكثر إذ الذرة داخله فى الأكثر ــ ينظر: شرح العضد ــ ج٢ ص ١٧٢.

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

قالوا إنا لو قطعنا النظر عن المعنى الذى سيق له الكلام من كف الأذى عن الوالدين وعن كونه فى الشتم والضرب أشد منه فى التأفيف، لما قضى بتحريم الشتم والضرب إجماعاً، فالتأفيف أصل ، والشتم والضرب فرع، ودفع الأذى علة والتحريم حكم، ولا معنى للقياس إلا هذا(١).

وأجيب عن هذا الاستدلال بما يأتي:

أن العارف باللغة يفهم من النهى عن كلمة " أف " فى الآية الكريمة مثل ما يفهم من النهى عن جميع أنواع الأذى بمجرد سماع هذه الكلمة دون حاجة إلى نظر واستنباط وتطمئن نفسه إلى أن الشارع متى نهى عن التأفيف فقد نهى عن جميع أنواع الأذى وهذا القدر كاف فى اعتبار هذه الدلالة لفظية لا قياسية.

نوع الخلاف فى هذه المسألة:

يرى بعض العلماء أن النزاع فى كون الدلالة لفظية أم قياسية نزاع لفظى؛ لأن الكل متفقون على اعتبار هذا النوع من الدلالة على الحكم سواء سموه مفهوم الموافقة أو دلالة النص.

---

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ـــ ج٣ ص ٦٤.

أما من نظر إلى أن إلحاق المسكوت بالمنطوق إلحاق فرع بـأصل لاشتراكهما فى علة جامعة بينهما، اعتبروه قياساً جلياً، ومن هـذا قيل الخلاف بينهما يعد لفظى، قال السعد بعد ذكر خلاف العلماء فـى هـذا الموضوع.

والحق أن النزاع لفظى، ونقل الجلال المحلى عن الصفى الـهندى أنه لا تنافى بينهما؛ لأن المفهوم مسكوت، والقياس إلحاق مسكوت بمنطوق[1]، ولهذا جعل الإمام البيضاوى هذه الدلالة مفهوماً تارة وقياساً تارة أخرى[2].

المسألة الخامسة : أقسام مفهوم الموافقة:

قسم الأصوليون مفهوم الموافقة إلى قسمين:

١- قسم قطعى:

وهو ما قطع فيه بعلية الحكم فى المنطوق به وفى المسكوت عنـه، ومثاله ما ذكرنا من آية التأفيف حيث علمنا من سياق الآيـة أن حكمـة تحريم التأفيف إنما هو دفع الأذى عن الوالدين، وأن الأذى فى الضـرب والشتم والحبس أشد.

وأيضاً من الأمثلة: ما احتج به الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فـى رهن المصحف عند الذمى بنهى النبى ﷺ عن السفر بالقرآن إلـى أرض

(١) ينظر: حاشية السعد على المختصر ـ ج٢ ص ١٧٣، وجمع الجوامع ـ ج١ ص ٢٤٥.

(٢) ينظر: نهاية السول ـ ج١ ص ٣١١.

العدو، مخافة أن تناله أيديهم"[1]، فهذا قاطع، قال الشيخ تقى الدين بن تيمية: لأنه إذا نهى عما قد يكون وسيلة إلى نيلهم إياه، فهو عن إنالتهم إياه أنهى وأنهى[2].

وقال بعض العلماء فى تفسير القطعى: كون التعليل بالمعنى وكونه أشد مناسبة للفرع، وكونهما قطعتين[3].

٢-قسم ظنى: وذلك كما فى قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [4]، فإنه وإن دل على وجوب الكفارة فى القتل العمد، لكونه أولى بالمؤاخذة كما يقوله الشافعى، غير أنه ليس بقطعى لإمكان أن لا تكون الكفارة فى القتل الخطأ موجبة بطريق المؤاخذة لقوله ﷺ :" إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان "[5]، والمراد به رفع المؤاخذة، بل نظراً للخاطئ بإيجاب ما يكفر ذنبه فى تقصيره ومن ذلك سميت كفارة،

---

(١) أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود وابن ماجه ومالك وأحمد عن ابن عمر رضى الله عنهما، مرفوعاً ينظر: صحيح البخارى ــ ج٤ ص ١٨، وصحيح مسلم ـ ج٢ ص ١٤٩، وبذل المجهود ــ ج١٢ ص ١١٢، وسنن ابن ماجة ــ ج٢ ص ٩٦١، وموطأ مالك ج٢ ص ٤٤٦، ومسند أحمد ــ ج٢ ص ٦٣.

(٢) ينظر: المسودة ــ ص ٣٤٧.

(٣) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٥.

(٤) سورة النساء من الآية [٩٢].

(٥) رواه ابن ماجه والحاكم وابن حبان والبرانى عن ثوبان بألفاظ مختلفة ــ ينظر : سنن ابن ماجة ــ كتاب الطلاق ــ حديث رقم ٢٠٤٣، وفيض القدير ــ ج٤ ص ٣٤، وكشف الخفا ــ ج١ ص ٤٣٣ــ وتخريج أحاديث أصول البزدوى ص ٣٩.

وجناية المتعمد فوق جناية المخطئ، وعند ذلك فلا يلزم من كون الكفـارة رافعة لإثم أدنى الجنايتين أن تكون رافعة لإثم أعلاها[1].

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ـ ج٣ ص ٦٥، ٦٦.

المطلب الثانى

مفهوم المخالفة

المسألة الأولى

تعريفه

هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه[1].

وعرفه الآمدى بأنه:

هو ما يكون مدلول اللفظ فى محل السكوت مخالفا لمدلوله فى محل النطق[2]، وسمى مفهوم مخالفة؛ لأن حكم المسكوت عنه مخالفة لحكم المنطوق به كما يسمى دليل الخطاب، وإنما سمى بذلك لأن دلالته من جنس دلالات الخطاب أو لأن الخطاب دال عليه، أو لمخالفته منظوم الخطاب.

مثاله: قول النبى ﷺ :" مطل الغنى ظلم" [3]، فقد دل بمنطوقه على تحريم مطل الغنى، وهو امتناعه عن الوفاء بالدين إلى الدائن مع قدرته

---

(١) ينظر: البرهان ـ ج١ ص ٤٤٩، وفواتح الرحموت ـ ج١ ص ٤١٤، والمستصفى ـ ج٢ ص ١٩١، وشرح تنقيح الفصول ـ ص ٥٣، ومنهاج العقول ـ ج١ ص ٣١٢.

(٢) ينظر : الإحكام للآمدى ـ ج٣ ص ٦٦.

(٣) رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه وأحمد ـ ينظر: صحيح البخارى ـ كتاب الحوالة حديث رقم ٢٢٨٧، وكتاب الاستقراض وأداء الديون ـ حديث رقم ٢٤٠٠، وصحيح مسلم ـ ج٣ ص ١١٩٧، وسنن أبى داود ـ ج٢ ص ٢٢٢، وتحفة الأحوذى ـ ج٤

على الوفاء، ودل بمفهومه، أن مطل الفقير ليس بظلم، أى امتناعه عن الوفاء بالدين إلى الدائن ليس بظلم، لانتفاء الوصف الذى قيد حكم المنطوق به وهو الغنى.

المسألة الثانية

حجية مفهوم المخالفة

مفهوم المخالفة إما أن يكون وارداً فى كلام الناس وعبارات المؤلفين وإما أن يكون وارداً فى النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، فإذا ورد مفهوم المخالفة فى كلام الناس وتصرفاتهم وسائر عباراتهم، فلا نزاع بين الأصوليين فى الاحتجاج به نزولاً على حكم العرف والعادة إذ جرت العادة على أنهم لا يقيدون كلامهم بقيد من هذه القيود إلا لفائدة، وهذه الفائدة هى ثبوت الحكم عند تحقق القيد، وانتفاؤه عند انتفائه، وإلا لكان الاتيان به عبثا، والعبث يجب أن يصان عنه كلام العقلاء أما إذا ورد مفهوم المخالفة فى النصوص الشرعية فقد اختلف العلماء فى اعتبار مفهوم المخالفة دليلاً يحتج به على مذهبين:

الأول: وهو لجمهور الأصوليين وكثير من الفقهاء، وهؤلاء يرون أن مفهوم المخالفة حجة فى دلالته على الأحكام، وهذه الحجية تثبت لجميع أنواع مفاهيم المخالفة إلا مفهوم اللقب.

ص ٥٣٥، وسنن ابن ماجه ــ ج٢ ص ٨٠٢، ومسند أحمد ــ ج٢ ص ٧٢، والموطأ ٤١٨، وسنن النسائى ــ كتاب البيوع ــ حديث رقم ٤٦٩١.

الثاني: ما ذهب إليه الحنفية وبعض العلماء، وهؤلاء يرون أن مفهوم المخالفة ليس حجة فى كلام الشرع، وهذا المذهب حكاه أيضاً الشيخ أبو اسحاق فى شرح اللمع عن القفال الشاشى وأبى حامد المروزى(١).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى:

١- أن أئمة اللغة عملوا بمفهوم المخالفة، فقد جاء أن أبا عبيد القاسم بن سلام من أهل اللغة قد فهم مفهوم المخالفة من قوله ﷺ : " لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"(٢).

٢- ما روى عن قتادة أنه قال: لما نزل قوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾ (٣)، قال النبى ﷺ :" قد خيرنى ربى فوالله لأزيدن على السبعين"(٤) فقد فهم النبى ﷺ أن ما زاد على السبعين يكون له حكم مخالف للمنطوق.

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول للشوكانى ــ ص ٣٠٣، والإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٧.

(٢) رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه، ينظر: مسند الإمام أحمد ــ ج ٤ / ٢٢٢، وبذل المجهود ــ ج ١٥، ص ٣١٤، وسنن النسائى ــ ج٧ ص ٢٧٨، سنن ابن ماجه ــ ج٢ ص ٨١١.

(٣) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٤) رواه الإمام البخارى والنسائى ــ ينظر : صحيح البخارى ــ ج٦ ص ٨٦ ، وسنن النسائى ــ ج٤ ص ٥٤.

٣- أن الصحابة عملوا بمفهوم المخالفة حيث اتفقوا على أن قوله ﷺ :" إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل"[١]، ناسخ لقوله ﷺ :" الماء من الماء" [٢]، ولولا أن قوله الماء من الماء يدل على نفى الغسل من غير إنزال لما كان ناسخاً له.

٤- قالوا أيضاً: إن الألفاظ كما تدل بمنطوقها ومفهومها الموافق، تدل أيضاً بمفهومها المخالف، وأن فائدة التخصيص بالذكر في مفهوم المخالفة، إنما هى نفى مثل حكم المنطوق فى محل السكوت[٣].

أدلة أصحاب المذهب الثانى:

استدل الأحناف ومن تبعهم على ما ذهبوا إليه بما يأتى:

أنه لو كان الحكم المستفاد من مفهوم المخالفة ثابتاً لما ثبت خلافه واللازم بطل؛ لأنه قد ثبت فعلاً خلافه كما فى قوله تعالى : ﴿ إن عدة الشهور عند الله اثنى عشر شهرا فى كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم ذلك الدين القيم فلا تظلموا فيهن أنفسكم ﴾ [٤]،

---

(١) رواه الترمذى ـ كتاب الطهارة ـ حديث رقم ١٠٩ ، سنن ابن ماجه ـ كتاب الطهارة وسننها ـ حديث ٦٠٨.

(٢) صحيح مسلم ـ كتاب الحيض ـ حديث رقم ٣٤٣، الترمذى ـ كتاب الطهارة ـ حديث ١١٠، سنن أبى داود ـ كتاب الطهارة ـ حديث ٢١٥.

(٣) ينظر : شرح العضد على المختصر ـ ج٢ ص ١٨٠، المستصفى ـ ج٢ ص ٢٠٥، تيسير التحرير ـ ج١ ص ١٠٠.

(٤) سورة التوبة من الآية : [٣٦].

فدل هذا النص بمنطوقة على أن الظلم حرام فى الأشهر الأربعة، فلو أخذنا بمفهوم المخالفة لقلنا أن الظلم مباح فى غيرها من أشهر السنة، ولو ثبت هذا ما ثبت خلافه بالفعل؛ لأن الظلم حرام فى جميع الأزمان سواء أكان فى الأشهر الأربعة أم فى غيرها.

وفى قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئا كبيراً ﴾ (١)، فهذه الآية دلت بمنطوقها الصريح على تحريم قتل الأولاد حالة الخوف من الفقر، ولو أننا أخذنا بمفهوم المخالفة لقلنا بجواز القتل عند انتفاء خشية الإملاق ـ وهو الفقر ـ وذلك بالغنى، ولو كان هذا ثابتا ما ثبت خلافه لكن اللازم باطل حيث إن الحكم هو تحريم قتل الأولاد فى جميع الأحوال(٢).

٢- ليس مطرداً فى الأساليب العربية نفى الحكم عند نفى القيد الذى قيد به الحكم بل كثيراً ما ترد العبارة مقيدة بقيد، ويتردد السامع فى فهم حكم ما انتفى فيه القيد ويسأل المتكلم عنه، ولا ينكر عليه السؤال، فمن قال: إذا سافرت العام الماضى غنمت لا ينكر على سامعه إذا استفهم عما إذا سافر هذا العام، وإذا كان نفى الحكم غير مقطوع به فلا يكون النص الشرعى حجة عليه؛ لأن النصوص الشرعية يجب الاحتياط فى الاحتجاج بها.

(١) سورة الإسراء آية : [٣١].

(٢) ينظر: تيسير التحرير ـ ج١ ص ١٣١ ، والإحكام للآمدى ـ ج٢ ص ٦٨.

هذا وبعد بيان مذاهب العلماء فى حجية مفهوم المخالفة، فنحن نرى أن مفهوم المخالفة لا يعمل به إلا إذا لم يظهر للمذكور فائدة إلا ثبوت نقيض حكم المذكور للمسكوت عنه.

تنبيه:

قال الإمام الشوكانى:

اختلف المثبتون للمفهوم فى مواضع:

أحدها: هل هو حجة من حيث اللغة أو الشرع، وفى ذلك وجهان للشافعية، حكاها الماوردى والرويانى، قال ابن السمعان: والصحيح أنه حجة من حيث اللغة وقال الفخر الرازى: لا يدل على النفى بحسب اللغة لكنه يدل عليه بحسب العرف العام، وذكر فى المحصول فى باب العموم أنه يدل عليه العقل.

الموضع الثانى:

اختلفوا أيضاً فى تحقيق مقتضاه هل يدل على نفى الحكم عما عدا المنطوق به مطلقا سواء كان من جنس المثبت أو لم يكن، أو تختص دلالته بما إذا كان من جنسه فإذا قال: " فى الغنم السائمة الزكاة"[1]، فهل نفى الزكاة عن المعلوفة مطلقاً سواء كانت من الإبل أو البقر أو الغنم أو هو مختص بالمعلوفة من الغنم، وفى ذلك وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد

---

(١) تقدم تخريجه.

الاسفرائيني، والشيخ أبو إسحاق الشيرازى وسليم الرازى وابن السمعانى والفخر الرازى، قال الشيخ أبو حامد : والصحيح تخصيصه بالنفى عن معلوفة الغنم فقط، قلت : هو الصواب.

الموضع الثالث:

هل المفهوم المذكور يرتقى إلى أن يكون دليلاً قاطعاً أو لا يرتقى إلى ذلك ؟ قال إمام الحرمين الجوينى: إنه يكون قاطعاً، وقيل : لا .

الموضع الرابع:

إذا دل الدليل على إخراج صورة من صور المفهوم ، فهل يسقط المفهوم بالكلية أو يتمسك به فى البقية، وهذا يمشى على الخلاف فى حجية العموم إذ خص .

الموضع الخامس:

هل يجب العمل به قبل البحث عما يوافقه أويخالفه من منطوق أو مفهوم آخر، فقيل: حكمه حكم العمل بالعام قبل البحث عن المخصص، وحكى القفال الشاشى فى ذلك وجهين(١).

هذا وقد اكتفينا فى هذه المواضع بما ورد عن الإمام الشوكانى، وذلك لما تمليه طبيعة البحث الذى نحن بصدده، حيث إن المجال لا يتسع للإطناب فيها.

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤.

المسألة الثالثة

شروط العمل بمفهوم المخالفة عند الجمهور

من قال بحجية مفهوم المخالفة لم يقرر هذا على الاطلاق، وإنما اشترط لصحة الاحتجاج به توافر شروط معينة بعضها راجع للمسكوت عنه، وبعضها راجع للمذكور ــ أى المنطوق به.

أولاً: ما يرجع للمسكوت عنه من شروط وهى كالآتى:

١- ألا تظهر أولوية المسكوت عنه بالحكم من المذكور أو مساواته له فى الحكم، إذ لو ظهرت فيه أولوية أو مساواة، لكان حينئذ مفهوم موافقة[١] كتحريم الضرب أو الشتم أو الحبس الذى هو مفهوم قوله تعالى: ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ [٢]، والحكم هنا ثابت بدلالة النص، وكتحريم إحراق مال اليتيم الذى هو مفهوم قوله تعالى: ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً ﴾ [٣] فإن الحكم هنا ثابت بالقياس.

٢- أن لا يعود العمل به على الأصل ــ الذى هو المنطوق ــ بالإبطال[٤] كحديث " لا تبع ما ليس عندك"[١] لا يقال مفهومه صحة

(١) ينظر: فواتح الرحموت ــ ج١ص ٤١٤، شرح العضد على مختصر المنتهى ــ ج٢ص ١٧٤.

(٢) سورة الإسراء من الآية : [٢٣].

(٣) سورة النساء من الآية : [١٠].

(٤) ينظر: اللمع ــ ص ٢٦.

بيع الغائب إذا كان عنده، إذ لو صح فيه لصح في المذكــور، وهــو الغائب الذى ليس عنده؛ لأن المعنى فى الأمرين واحد، ولــم يفــرق الإمام أحمد بينهما.

ثانيا: ما يرجع إلى المذكور ــ أى المنطوق به ــ من شروط:

وهى كلآتى:

١- ألا يكون المذكور قد قصد به الامتنان ــ أى لا يكون المنطوق قــد ذكر لزيادة امتنان على المسكوت عنه، ــ نحو قوله تعالى : ﴿ وهــو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طرياً ﴾ [٢]، فهذا الوصف وهــو " طريا " قصد به الامتنان، فلا يدل على منع القديد من لحم ما يؤكــل مما يخرج من البحر كغيره[٣].

٢- أن لا يكون المنطوق قد خرج لبيان حكم حادثة اقتضت بيان الحكم فى المذكور كما روى أن النبى ﷺ مر بشاة لميمونة فقال :" دباغــها طهورها"[٤]،[١] ومن هذا أيضاً قوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا الربا أضعافـاً

---

(١) أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن حكيم ابن حزام مرفوعاً ، ينظر: بــذل المجهود ج١٥ ص ١٧٨، وسنن النسائى ج٧ ص ٢٥٤، وسنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٣ وشرح السنة للبغوى ج٨ ص ١٤٠.

(٢) سورة النحل من الآية : [١٤].

(٣) ينظر: شرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٩٣.

(٤) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ٩٩، والمحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى عليــه ــ ج١ ص ٢٤٦ ، ونشر البنود ــ ج١ ص ٩٩، ومنهاج العقــول ــ ج١ ص ٣١٦، والآيــات البينات ج١ ص ٢٤، وإرشاد الفحول ص ٣٠٥.

مضاعفة ﴾ [٢]، إذ لا مفهوم للأضعاف؛ لأنه جاء على النهى عما كانوا يتعاطونه بسبب الآجال، حيث كان الواحد منهم إذا حل دينه يقول للمدين إما أن تعطى وإما أن تربى، فيتضاعف بذلك أصل دينه مراراً كثيرة، فنزلت الآية لذلك.

٣- أن لا يكون المنطوق قد ذكر لتقدير جهل المخاطب به دون جهله بالمسكوت عنه، بأن يكون المخاطب يعلم حكم المعلوفة ويجهل حكم السائمة، فيذكر له، كما لو قيل بحضرة النبى ﷺ " لزيد غنم سائمة" فقال: فى السائمة الزكاة، إذ القصد الحكم على تلك الحادثة لا النفى عما عداها.

٤- أن لايكون المذكور قد خرج مخرج الغالب، فإن كان كذلك فلا يعتبر مفهومه نحو قوله تعالى: ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ﴾ [٣] فإن تقييد تحريم الربيبة بكونها فى

(١) رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائى ومسلم ـ ينظر: مسند أحمد ج٤ ص ٣٢٩، ٣٣٤، وسنن أبى داود ـ ج٢ص ٣٨٧، وسنن النسائى ج٧ ص ١٥٤، وصحيح مسلم بشرح النووى ج٤ ص ٥٣.

(٢) سورة آل عمران من الآية :[١٣٠]

(٣) سورة النساء من الآية : [٢٣].

حجره ـ لكونه الغالب ـ لا يدل على حل الربيبة التي ليس في حجره عند جماهير العلماء(1).

٥- أن لا يكون المنطوق قد خرج مخرج تفخيم، كحديث: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا"(2)،(3) فقيد الإيمان للتفخيم في الحد، وأن هذا لا يليق بمن كان مؤمناً.

٦- ألا يعارض ما هو أرجح منه، فإن عارضه دليل أقوى منه عمل به وترك كقوله تعالى: ﴿ فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا ﴾ (4) فهذه الآية قيدت قصر الصلاة بحالة الخوف ودلت بمفهوم المخالفة على عدم قصر الصلاة في حالة الأمن إلا أن هذا المفهوم عورض بمنطوق يبين الرخصة عامة في الأمن والخوف، ويدل على ذلك ما جاء أن يعلى بن أمية توقف في هذه الآية، فسأل عمر ﷺ قائلاً له كيف نقصر في حالة الأمن، والله تعالى

---

(1) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي ـ ج١ ص ٣٧٨، وفتح القدير للشوكاني ـ ج١ ص ٤٤٥، والبرهان ـ ج١ ص ٤٧٧، وتيسير التحرير ج١ ص ٩٩، وفواتح الرحموت ـ ج ١ ص ٤١٤.

(2) ينظر: فواتح الرحموت ـ ج١ ص ٤١٤.

(3) أخرجه : البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ عن أم حبيبة ـ رضي الله عنها ـ مرفوعاً ـ ينظر: صحيح البخاري ـ ج٧ ص ٧٦، صحيح مسلم ـ ج٢ ص ١١٢٤، وبذل المجهود ـ ج١١ ص ٥٩ ، وعارضة الأحوذي ـ ج ٥ ص ١٧٢، والموطأ ج٢ ـ ص ٥٩٧، وسنن النسائي ـ ج٦ ص ١٦٧.

(4) سورة النساء من الآية : [١٠١].

يقول : ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض ﴾ ، فقال عمر له: والله لقد عجبت مما عجبت منه فسألت: رسول الله ﷺ فقال: " صدقة تصدق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقته"[1]، ولا شك أن المنطوق أقوى من المفهوم فيقدم عليه ويكون حكم القصر فى حالة عدم الخوف ثابتا بالمنطوق لا بالمفهوم.

٧- ألا يكون المنطوق ذكر لرفع خوف ونحوه عن المخاطب، كقولك لمن يخاف من ترك الصلاة الموسعة " تركها فى أول الوقت جائز" ليس مفهومه عدم الجواز فى باقى الوقت، وهكذا إلى أن يتضايق الوقت[2].

هذا ما وقفنا عليه من شروط العمل بمفهوم المخالفة عند القائلين به، ونرى أن الضابط لهذه الشروط وما فى معناها أن لا يظهر لتخصيص المنطوق بالذكر فائدة غير نفى الحكم عن المسكوت عنه.

---

(١) رواه الإمام مسلم والترمذى والنسائى وأبو داود ــ ينظر : صحيح مسلم ــ كتاب صلاة المسافرين ــ حديث رقم ٦٨٦، وسنن الترمذى ــ كتاب تفسير القرآن ــ حديث رقم ٣٠٣٤، وسنن النسائى ــ كتاب قصر الصلاة فى السفر ــ حديث رقم ١٤٣٣، وسنن أبى داود ــ كتاب الصلاة حديث رقم ١١٩٩.

(٢) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ٩٩، والآيات البينات ــ ج٢ ص ٢٣، والمحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى عليه ــ ج١ ص ٢٤٥، ونشر البنود ــ ج١ ص ٩٨.

المسألة الرابعة

أثر الاختلاف في العمل بمفهوم المخالفة

يظهر أثر اختلاف الفقهاء فى العمل بمفهوم المخالفة فـــى بعـــض الفروع الفقهية والتى منها ما يأتى:

وجوب النفقة للبائن غير الحامل:

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلـــة إلـــى عـــدم وجوب النفقة لغير الحامل عملاً بمفهوم المخالفة فى قوله تعـــالى : ﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ [١].

فإن هذا النص قد دل بمنطوقه على وجوب النفقة للحامل، حيـــث جـــاء الإنفاق مشروط بكون المرأة حاملاً، فإذا انتفى هذا الشرط ثبـــت نقيـــض هذا الحكم، وهو ما ذهب إليه الجمهور.

وذهب الحنفية إلى وجوب النفقة للمطلقة ثلاثا سواء أكانت حـــاملاً أو غير حامل غير آخذين بمفهوم المخالفة[٢].

---

(١) سورة الطلاق من الآية: [٦].

(٢) ينظر: تيسير التحرير ــ ج١ ص ١٠٠، وروضة الناظر ــ ٢٧٣، والتمهيد للأسنوى ــ ص ٢٤٨، وشرح تنقيح الفصول ــ ص ٢٧٠، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٨.

إجبار الأب ابنته البكر البالغة على الزواج:

حيث ذهب الإمام الشافعي ومالك وأحمد فى روايتيه إلى أن للأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج عملا بمفهوم المخالفة فى الحديث، وهو قوله ﷺ :" الثيب أحق بنفسها من وليها "[1].

وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس للأب إجبار ابنته البكر البالغة على الزواج، ولم يأخذ بمفهوم المخالفة لعدم حجيته عنده.

٣-جواز نكاح الأمة عند عدم طول[2] الحرة:

قال الله تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾[3].

تدل بمنطوقها على جواز نكاح الأمة عند عدم المقدرة على طول الحرة، لكن هل تدل على المنع من نكاح الأمة مع المقدرة على طول الحرة؟

ذهب الأحناف إلى جواز ذلك؛ لأنهم لم يأخذوا بمفهوم المخالفة[4].

---

(١) أخرجه الإمام مسلم والنسائى ومالك عن ابن عباس ــ رضى الله عنهما ــ مرفوعا ــ ينظر : صحيح مسلم ج٢ ص ١٠٣٧، سنن النسائى ج٦ ص ٧٠ ، والموطأ ــ ج٤ ص ٥٢٤.

(٢) الطول : عدم ملك الزيادة فى المال الذى به يملك نكاح الحرة، فهو الفضل والغنى، ينظر : لسان العرب ج٤ ص ٢٧٢٨.

(٣) سورة النساء من الآية: [٢٣].

(٤) ينظر: الهداية ــ ج١ ص ١٩٤، وبدائع الصنائع ــ ج٥ ص ١٦٤.

(٢) هل الزنا يوجب حرمة المصاهرة؟

الزنا يوجب حرمة المصاهرة عند الأحناف ومن تبعهم، وعند الشافعى لا يوجبها؛ لأن حرمة الربيبة بوصف أنها من نسائنا فى قوله تعالى:﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم﴾[١]،[٢].

(٣) المرأة إذا ابتغت من كلمات اللعان ، هل تحد؟

ذهب الحنفية إلى أن المرأة لو ابتغت من كلمات اللعان لا تحد، وذلك لعدم الأخذ بمفهوم المخالفة، وذهب الشافعى إلى أنها تحد[٣]؛ لأن درء الحد عنها مقيد بها فى قوله تعالى : ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ [٤].

المسألة الخامسة

أقسام مفهوم المخالفة

قال الآمدى: ينقسم مفهوم المخالفة عند القائلين به إلى عشرة أصناف متفاوتة فى القوة والضعف[٥]، وكذلك ورد عن الإمام الشوكانى مثل ما ورد عن الآمدى[٦].

---

(١) سورة النساء من الآية : [٢٣].

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ــ ج٢ ص ٢٦٠، فتح القدير ج٢ ص ٣٦٥، والمغنى مع الشرح الكبير ــ ج٦ ص ٥٧٧، والشرح الكبير ــ ج٢ ص ٣٤٧، ومغنى المحتاج ــ ج٣ ص ١٧٥، والأم ــ ج٥ ص ٢١٩.

(٣) ينظر: شرح الهداية ــ ج٤ ص ٨٢٨.

(٤) سورة النور من الآية : [٨].

(٥) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٦.

(٦) ينظر: إرشاد الفحول ص ٣٠٦.

ونقول : إن أقسام مفهوم المخالفة باستقراء ما ورد عن الأصوليين كالآتى:

مفهوم اللقب

مفهوم الصفة.

مفهوم الشرط

مفهوم العدد.

مفهوم الغاية.

مفهوم الحصر.

مفهوم الاستثناء.

مفهوم ظرف المكان.

مفهوم ظرف الزمان.

مفهوم الحال[1].

هذا وسوف نقتصر على بيان أهم وأشهر هذه الأقسام عند الأصوليين، وهى الخمسة الأول؛ لأن الأقسام الأخرى قد تتداخل فيها، ولهذا نجد أن الإمام الشوكانى يقول فى مفهوم الحال ـ وهو تقييد

(١) ينظر : إرشاد الفحول ـ ص ٣٠٦.

الخطاب بالحال ـــ وقد عرفت أنه من جملة مفاهيم الصفـــة المعنويـــة لا النعت، وإنما أفردناه بالذكر تكميلا للفائدة [1] أ.هـــ.

المسألة السادسة

مفهوم اللقب

ليس المراد باللقب خصوص ما أصطلح عليه النحويون، وهو مـــا اشعر بمدح أو ذم ولم يصدر بأب أو أم، وإنمـــا المـــراد بـــاللقب عنـــد الأصوليين هو : كل ما يدل على الذات سواء أكان علما أو كنية أو لقبـــا، فالعلم كـــ" زيد " ، والكنية كـــ " أبى زيد " واللقب كـــ " أنف الناقة".

أما عن تعريف مفهوم اللقب اصطلاحا:

فهو دلالة اللفظ الذى علق الحكم فيه بالذات على ثبـــوت نقيـــض الحكم لغير هذه الذات.

حجية مفهوم اللقب:

تحرير محل النزاع: لا خلاف بين علماء الأصـــول فـــى تعليـــق الحكم بما يدل على الذات يدل على ثبوت الحكم لتلك الذات، فلـــو قلـــت مثلا: " أحمد عالم" فإن تعليق العلم بأحمد يدل على ثبوت العلم لأحمد.

وإنما الخلاف بينهم فى التقييد بالذات على نفى الحكم عـــن غـــير هذه الذات فلو قلت مثلا : " مصطفى عالم " فهل تعلق العلـــم بمصطفـــى

(١) ينظر: المرجع السابق ص ٣٠٩.

يدل على نفى العلم عما عداه كأحمد وبكر؟ كما دل ثبوته لمصطفى — وهو ما يسمى بحجية مفهوم اللقب — أم لا يدل؟

نقول : اختلف الأصوليون فى حجية مفهوم اللقب على قولين:

القول الأول: هو أن مفهوم اللقب يعتبر حجة — أى أن تعليق الحكم بما يدل على الذات يدل على نفى الحكم عن غير هذه الذات، كما يدل على ثبوته للذات، وهذا قول الإمام مالك وأحمد وداود — رضى الله عنهم — وأبى بكر الصيرفى والدقاق — وهما من الشافعية — وابن خويز منداد من المالكية وبعض الحنابلة[1].

(١) ينظر: البرهان — ج١ ص ٤٥٣، والإحكام للآمدى — ج٣ ص ٨٩، وشرح تنقيح الفصول ص ٢٧١، وشرح العضد — ج٢ ص ١٨٧، ونهاية السول — ج١ ص ٣١٨، وإرشاد الفحول — ص ٣٠٨.

القول الثاني:

هو أن مفهوم اللقب ليس بحجة ـ أى أن تعلق الحكم بما يدل على الذات لا يدل على نفى الحكم عن غير هذه الذات، وإنما يدل على ثبوته للذات فقط، وهو قول جمهور العلماء، كما اختاره الآمدى والبيضاوى[1]، وقال ابن التلمسانى: لم يقل به أحد من العلماء إلا الدقاق وبعض الحنابلة[2].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

بأنه لو لم يكن تعليق الحكم بالذات دالا على نفى الحكم عما عدا الذات لما ثبت الحد على المتخاصمين، إذا قال للآخر: إن أمى ليست بزانية؛ لأنه نفى الزنا عن أمه فقط، ونفى الزنا عن أمه لا يوجب حدا عليه اتفاقا، لكن قائل هذا القول يحد حد القذف، لكونه نفى الزنا عن أمه واثبته لأم ذلك الغير، وهذا قذف بالزنا وهو موجب للحد[3]، ولا شك أن ثبوت الزنا لأم الغير إنما جاء من جهة أن اللفظ دال على نفى الزنا عن

---

(١) ينظر: العدة لأبى يعلى ـ ج٢ ص ٤٧٥، ونشر البنود ج١ ص ١٠٣، وفواتح الرحموت ج١ ص ٤٣٢، والمستصفى ـ ج٢ ص ٢٠٤، ومنهاج العقول ـ ج١ ص ٣١٤، وتيسير التحرير ج١ ص١٠١.

(٢) ينظر: مفتاح الوصول ص ٩٧.

(٣) وهذا ما ذهب إليه الإمامان مالك وأحمد ـ ينظر: الإحكام للآمدى ـ ج٢ ص ٩١.

أم القائل، وأثبته لأم غيره، فيكون تعليق الحكم بما يدل على الـــذات دالا على نفى الحكم عما عدا تلك الذات وهو المطلوب.

ونوقش هذا:

بأن ذلك إنما فهم منه بقرينة حاله لا من دلالة مقالـــه، وتوضيـــح ذلك أن الحد إنما يثبت بهذا القول ــ أى قول القائل أمى ليست بزانيــة ــ لوجود الخصومة بينهما، فتكون الخصومة قرينة على أن القائل قد قصـــد بقوله هذا التعريض بالغير وإلحاقا الزنا بأمه، ولو انتفت الخصومة بيـــن الشخصين لم يثبت الحد بهذا القول أبدا، وبذلك ظهر أن اللفظ لـــم يـــدل باعتبار ذاته على نفى الحكم عن غير الذات، وإلا لثبـــت الحـــد مطلقـــا وجدت بينهما خصومة أم لم توجد ، ولم يقل بذلك أحد.

وعلى هذا فقد بطل دليل الخصم، وإذا بطل الدليل بطل المدعـــى؛ لأنها صارت دعوى بلا دليل فلا تصح.

أدلة أصحاب القول الثانى:

بأنه لو كان مفهوم اللقب حجة، وأن تعليق الحكم على اللقب يـــدل على انتفاء الحكم عند انتفاء اللقب، للزم الكفر والكذب فى قول القـــائل: محمد رسول الله، أو على موجود، فإنه يلزم بمفهوم اللقب أن غير محمـــد ــ ﷺ ــ ليس برسول؛ لأنه يثبت الرسالة لمحمد وينفيها عن غيره، وهـــو كذب، وأن غير على ليس بموجود وهو أيضا كفر(1)ــ لوجـــود البـــارى

---

(1) ينظر: التمهيد للأسنوى ــ ص ٢٦١.

سبحانه وتعالى ـ لكن القائل محمد رسول الله وعلى موجـود لا يكـون كاذبا ولا كافرا اتفاقا، وعليه فلا يكون مفهوم اللقب حجة، ولا يدل تعلـق الحكم على اللقب على نفى الحكم عند انتفاء هذا اللقب، وهـو المدعـى والمطلوب.

الرأى الراجح:

نرى رجحان مذهب الجمهور وذلك لقوه ما استندوا إليه من أدلـة، ولردهم على أدلة أصحاب القول الأول، كما جعل دعواهم بلا دليل، وهى لا تصح.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى حجية مفهوم اللقب فى بعض الفـروع الفقهيـة الآتية:

إذا كان للمرأة أكثر من ولى فأذنت لأوليائها فى التزويج، وكـان أولياؤها فى درجة واحدة، ثم خصصت واحدا منهم بالإذن فـهل يصـح الإذن ويجوز لكل واحد منهم أن يزوج؟

فعلى الخلاف المذكور، نقول من ذهب إلى أن مفهوم اللقب حجة قـال: بأنه ليس لكل واحد من الأولياء تزويجها ـ بل يصح ذلك ممن خصتـه بالإذن؛ لأنها لم تأذن لجميعهم بلفظ عام، وأن تخصيصه بالإذن يدل علـى نفى الحكم هنا عداه.

ومن قال بأن مفهوم اللقب ليس بحجة، قال: لكل واحد من الأولياء أن يزوج حيث إن تخصيص البعض منهم لا يدل على نفـــى الإذن عمـــا عداه، وهذا أظهر المذاهب كما قاله الرافعـــى؛ لأن الرضـــى بـــالتزويج محمول على الصحيح، وصحة ذلك هنا مستلزمة للإذن لكل واحد[١].

٢- إذا قال الدائن لمدينه ابرأتك فى الدنيا دون الآخرة فهل هـــو بـــرئ فيهما؟

من قال بأن مفهوم اللقب ليس بحجة، قال هو بـــرئ فيـــهما؛ لأن تعليق الحكم وهو البراءة وتخصيصها بكونها فى الدنيا لا يدل على نفـــى الحكم عما عداه وهو حصول البراءة فى الآخرة، ولأن البراءة فى الآخرة تابعة للبراءة فى الدنيا ويلزم من وجود الملزوم وجود اللازم [٢].

ومن قال بأن مفهوم اللقب حجة، قال هو بـــرئ فـــى الدنيـــا دون الآخرة؛ لأن تخصيص الحكم وهو البراءة بالدنيا يدل على نفيه عما عداه، وهو حصول براءة الآخرة.

---

(١) ينظر: التمهيد للإسنوى ــ ص ٢٤٢.

(٢) ينظر: المرجع السابق ــ ص ٢٤٣.

المسألة السابعة

مفهوم الصفة

تعريفه:

هو دلالة اللفظ الذى قيد الحكم فيه بصفة على نفى الحكم عما لم توجد فيه هذه الصفة، أو هو دلالة اللفظ الموصوف بصفة على نقيض حكمه للمسكوت عنه الذى انتفت عنه هذه الصفة.

والمراد بالصفة عند الأصوليين: تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانية ليس بشرط ولا غاية، ولا يريدون به النعت النحوى فقط[1].

حجيته:

تحرير محل النزاع : لا خلاف بين العلماء فى أنه إذا قيد الحكم بصفة من صفات الذات فإنه يدل على ثبوت الحكم للذات عند وجود تلك الصفة، أما إذا انتفت هذه الصفة، فهل يدل اللفظ على نفى الحكم عن الذات عند انتفاء الصفة، أم لا يدل على ذلك، ويكون نفى الحكم عند انتفاء الصفة مستفادا من النفى الأصلى والبراءة الأصلية فمثلا قوله ﷺ:"

---

(١) ينظر: نهاية السول ــ ج١ ص ٣١٤، واللمع للشيرازى ــ ص ٢٥، وشرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٤٩٨.

من باع نخلا مؤبرا، فثمرتها للبائع"[1]، فقد قيد الحكم فيه وهو عودة ثمـو النخل المباعة للبائع بصفة، وهى كونها مؤبرة، وهذا يدل على وجـــوب دفع ثمرة النخل المؤبرة للبائع بإتفاق العلماء عملا بمنطوق الحديث، أمـا غير المؤبرة فهل يجب دفع ثمرها للبائع أيضا كما وجبت فى المؤبرة؟ أم لا يجب دفعها إليه عملا بالمفهوم المخالف للصفة التى قيد الحكم بها فـى الحديث؟ هذا هو محل النزاع وبيانه فيما يأتى:

حجية مفهوم الصفة:

اختلف علماء الأصول فى حجية مفهوم الصفة على قولين:

القول الأول: أن مفهوم الصفة حجة، وعليه، فتعليق الحكم على الوصـف يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء ذلك الوصف. وهذا هو مذهب جمـــهور الأصوليين منهم الإمام الشافعى وجمـــهور أصحابـــه، ومـــالك وأحمـد والأشعرى وكثير من الفقهاء والمتكلمين[2].

---

(١) رواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى، وابن ماجه ومالك وأحمد فى مسنده عن ابن عمـر ﷺ ــ مرفوعا ــ ، ينظر: صحيح البخارى ــ ج٣ ص ٢٤٧ ، وصحيـــح مسـلم ج ٣ ص ١١٧٣، وبذل المجهود ، ج١٥ ص ١٠٠، وسنن النسائى ج٧ ص ٢٦١، وسنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٤٦، والموطأ ج٢ ص ٦١٧، ومسند أحمد ج٢ ص ؟؟ ، ٦٣.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٦ ، ونهاية السول ــ ج١ ص ٣١٩، والمســودة س ٣٥١، وروضة الناظر ص ٢٧٤، والإحكام للآمـــدى ــ ج٣ ص ٨١، والتمـــهيد للإسـنوى ــ ص ٢٤٥، وشرح تنقيح الفصول ــ ص ٢٧٠، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج٢ ص ١٧٥، وتيسير التحرير ــ ج١ ص ١٠٠.

القول الثاني :

إن مفهوم الصفة ليس بحجة، وعليه فتعليق الحكم على الوصف لا يدل على انتفائه عند انتفاء هذا الوصف، وهذا هو مذهب الإمام أبو حنيفة والقاضى الباقلانى، وابن شريح والقفال الشاشـــى، وجمـــهور المعتزلـــة والغزالى واختاره الآمدى[1].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

قالوا إن تخصيص الوصف بالذكر كتأثير فى قوله ﷺ : " من بـاع نخلا مؤبرا فثمرتها للبائع" دون غيره من الأوصاف، لابد وأن يكون لـــه فائدة؛ لأنه إذا لم يكن له فائدة كان ذكره عبثا وترجيحا بلا مرجح وهـــو باطل، وقد بحثنا عن هذه الفائدة فلم نجد إلا نفى الحكم عن الـــذات عنـــد انتفاء هذا الوصف؛ لأن فرض المسألة: أن الوصف لم يظهر له فائدة إلا نفى الحكم عند انتفاء الوصف، فوجب أن يكون اللفظ دالا على نفى الحكم عند انتفاء الصفة منعا من اللغو، وصونا للكلام عـــن العبـــث[2]، وهـــو المطلوب.

---

(١) ينظر : المحصول ــ ج١ ــق٢ــ ص ٦٥٤، والمستصفى ــ ج٢ ص ٧٠، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ــ ج٢ ص ٢٥٦.

(٢) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٦٨ وما بعدها.

ونوقش هذا الدليل:

بأنه منقوض بمفهوم اللقب إذ يقال فيه: إن تخصيص الذات بالحكم لا فائدة له إلا نفى الحكم عن غير هذه الذات، فوجب أن يكون اللفظ دالا على ذلك، وإلا كان ذكره عبثا ولغوا، فيكون مفهوم اللقب حجة مع إنكم لم تقولوا بحجيته.

أجيب عن هذا:

بأننا لا نسلم لكم عدم الفرق بين مفهوم الصفة ومفهوم اللقب؛ لأن مفهوم الصفة ليس فيه لتخصيص الوصف بالذكر فائدة أخرى سوى انتفاء الحكم عند انتفاء الصفة، بخلاف مفهوم اللقب، فإن لتخصيصه بالذكر فائدة أخرى، هى تصحيح الكلام وتقويته؛ لأن الكلام من غير ذكر اللقب يختل ولا يفيد، فيثبت الفرق بينهما، وعليه فيبطل اعتراضكم ويثبت مدعانا لثبوت دليله وسلامته من الاعتراض.

واستدل أصحاب القول الأول بأدلة منها:

لو كان تعلق الحكم على الصفة يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الصفة لدل قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم ﴾ [1]، على جواز القتل عند انتفاء خشية الإملاق، وهو الفقر، وذلك بالغنى وذهاب الخوف من الفقر، مع أن الحكم ليس كذلك، فإن تحريم قتل الأولاد ثابت فى جميع الأوقات فقتل الأولاد حرام، حالتى

(١) سورة الإسراء من الآية: [٣١].

الفقر والغنى، وإذا تخلف الحكم فى بعض صوره ـ كما هنا ـ فإن الآية لا تكون دليلا على ذلك، فلا يكون اللفظ دالا على نفى الحكم عند انتفاء الصفة وهو ما ندعيه ونثبته.

وأجيب عن هذا بما يأتى:

١- بأن هذه الآية ليست فى محل النزاع؛ لأن النزاع فيما إذا لم يظهر للتخصيص بالوصف فائدة أخرى غير انتفاء الحكم عند انتفاء الصفة، وهنا قد ظهر فى الآية التى ذكرتموها فائدة أخرى للتخصيص هى بيان أن الغالب والدائم عند العرب أنهم كانوا يقتلون أولادهم خشية الفقر، فتخصيص الوصف بالذكر هنا خرج مخرج الغالب لعادتهم ذلك والوصف إذا خرج مخرج الغالب فلا يحتج به بمفهوم المخالفة[1].

٢- أن حرمة قتل الأولاد حالة الغنى ليست ثابتة بمفهوم المخالفة كما تقولون، بل هى ثابتة بمفهوم الموافقة وفحوى الخطاب؛ لأنه إذا لم يجز قتل الأولاد فى حالة الفقر والحاجة التى هو مظنة الإباحة، فلأن يكون قتلهم فى وقت الغنى والميسرة غير جائز من باب أولى، وعليه فالآية ليست من مفهوم المخالفة، فيبطل قولكم بعدم حجية مفهوم الصفة لبطلان دليله، ويثبت مدعانا، وهو حجية مفهوم الصفة وهو المطلوب والمدعى.

---

(١) ينظر: فواتح الرحموت ـ ج١ ص ٤١٤، والبرهان ـ ج١ ص ٤٧٧، وتيسير التحرير ـ ج١ ص ٩٨٩، ومنهاج العقول ـ ج١ ص ٣١٥.

المسألة الثامنة: مفهوم الشرط:

تعريفه: هو دلالة اللفظ الدال على حكم معلق بشرط على نفى الحكم عما انتفى فيه هذا الشرط، أو هو دلالة اللفظ الذى علق الحكم فيه بشرط على ثبوت نقيض ذلك الحكم عند انتفاء الشرط.

والمراد بالشرط: الأدوات المخصوصة التى اعتبرها النحاة دالة على الشرطية مثل: إن وإذا وغيرهما، من أدوات الشرط المعروفة، وعليه يكون المراد بالشرط " الشرط اللغوى" لا الشرط الذى هو قسيم السبب والمانع.

مثاله: قوله تعالى:" وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن "[1].

حجيته:

اتفق العلماء على ثبوت المشروط عند ثبوت الشرط، فيجب الإنفاق على المطلقة فى الآية السابقة عند وجود الحمل عملا بدلالة المنطوق، كما اتفقوا على أن المشروط ينعدم عند انعدام الشرط فلا يجب الإنفاق على المطلقة عند عدم الحمل.

ولكن اختلفوا فى دلالة أداة الشرط وهى " إن " فى الآية على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط. هذا هو محل النزاع بين العلماء.

حجية مفهوم الشرط:

اختلف الأصوليون فى حجية مفهوم الشرط على قولين:

---

(١) سورة الطلاق من الآية : [٦].

القول الأول:

هو أن مفهوم الشرط حجة، فأدوات الشرط تدل على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط، وعليه فتعليق الحكم على شرط يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وهذا مذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الشافعى، وإمام الحرمين والرازى والكرخى والحسن البصرى، واختاره الإمام البيضاوى،وابن سريج والهراسى من أصحاب الشافعى[1].

القول الثانى:

هو أن مفهوم الشرط ليس بحجة فأدوات الشرط لا تدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وعليه فتعليق الحكم على شرط لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وإنما انتفاء الحكم يعلم من البراءة الأصلية، وهو مذهب الحنفية والقاضى أبى بكر الباقلانى، والغزالى ، والإمام مالك كما اختاره الآمدى وأبو عبد الله البصرى[2].

ومحل الخلاف بين الطرفين، إذا لم يظهر للتقييد بالشرط فائدة أخرى غير نفى الحكم عند انتفاء الشرط، وإلا لو ظهر للشرط فائدة أخرى، فإن الأداة لا تدل إلى انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط باتفاق[3].

---

(١) ينظر: التمهيد للأسنوى ــ ص ٤٢٥، والمستصفى ــ ج٢ ص ٢٠٥، ونهاية السول ــ ج١ ص ٣٢٢، والمحلى على جمع الجوامع وحاشية البنانى عليه ــج٢ ص ٢٥١، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٨٠، وشرح تنقيح الفصول ــ ص ٢٧٠، والمعتمد ج١ ص ١٥٢.

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح ــ ج١ ص ١٤٥، والإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٨٣، وفواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤٢١، والمسودة ص ٣٥٧.

(٣) ينظر: التمهيد للأسنوى ــ ص٢٤٨.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

أولا: استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا ﴾ (١).

وجه الدلالة:

أن يعلى بن أمية قد فهم من تعليق القصر على الخوف بناء على الشرط فى قوله: " إن خفتم" أن القصر غير مشروع عند عدم الخوف حتى سأل عمر بن الخطاب ﷺ فقال: ما بالنا نقصر وقد أمنا الله وقد قال الله تعالى : ﴿ وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح .. .. ﴾ الآية ، وأقره عمر على ذلك فقال: عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال:" صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته"(٢).

ففهم عمر ويعلى بن أمية عدم جواز القصر حالة عدم الخوف، وإقرار النبى ﷺ ما فهمها دليل على تعليق الحكم على شرط يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء ذلك الشرط، ولولا أن الأمر كذلك لما تبادر إليهما هذا الفهم، ولما تعجبا من جواز القصر حالة الأمن، ولما أقر رسول الله ﷺ عمر على تعجبه، وجعل القصر جاريا مجرى الرخصة، فهو صدقة تصدق الله بها على المسلمين، ولو كان الأمر خلاف ذلك لبينه النبى ﷺ

(١) سورة النساء من الآية: [١٠١].

(٢) تقدم تخريجه.

وقال: إن الآية ليست كما فهمها، وأن الوجهة السليمة غير الذى دعاهما إلى التعجب لكنه لم يبين ذلك، فعلمنا أن القصر يحقق عند الخوف، فإذا انتفى الخوف انتفى القصر، فيكون مفهوم الشرط حجة وهو المطلوب.

وأجيب عن هذا:

بأنه فهم سيدنا عمر ويعلى عدم جواز القصر فى حالة الأمن. يحتمل أن يكون مبعثه أن الأصل فى الصلاة الإتمام وعدم القصر، فلما ورد القصر فى حالة الخوف بدليل قوله تعالى : " فليس عليكم جناح " الآية، بقى ما عدا هذه الحالة على حكم الأصل، وهو الإتمام ولا يجوز العدول عنه إلا بدليل، فلما لم يجدا الدليل الذى يدل على العدول عن الأصل وهو الإتمام إلى خلاف الأصل وهو القصر فى حالة الأمن تعجبا، وحيث كان هذا الاحتمال قائما لم يتعين أن يكونا قد فهما من تعلق الحكم على الشرط الدلالة على نفى الحكم، وهو القصر عند انتفاء الشرط وهو الخوف، وإنما نفى القصر يستفاد من الأصل وهو الإتمام، فلم تدل الآية على حجيته مفهوم الشرط وهو المطلوب.

ثانيا: قالوا لو لم يدل انتفاء الشرط على انتفاء المشروط لما كان الشرط شرطا لكنه شرط فثبتت دعوانا على حجية مفهوم الشرط[1].

نوقش هذا :

(١) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٨٥.

أن انتفاء الحكم وهو المشروط بانتفاء الشرط لتوقف المشروط عليه، إنما هو الشرط العقلى أو الشرعى؛ لأنه هو الواقع فى الخارج، أما الشرط اللغوى: وهو أن وإذا فلا دلالة له على انتفاء المشروط، وهو انتفاء الحكم، ودعواكم فى الشرط اللغوى لا الشرعى فلا تتعين " إن " للشرط لجواز استعمالها فى السببية بل إن هذا الاستعمال هو الغالب.

أجيب عن ذلك:

بأن استعمال " إن " فى السببية لا يخرجها عن الأصل وهى إنها شرط لغة، ولا ينفى دلالتها على عدم الحكم؛ لأن ارتباط المسبب بالسبب أقوى من ارتباط الشرط بالمشروط، فانتفاء السبب يدل على انتفاء المسبب هذا إذا كان السبب متحدا، أما لو تعدد السبب فانتفاء السببية مطلقا، أى جميع الأسباب يدل على انتفاء المسبب.

أدلة أصحاب القول الثانى:

استدل أصحاب القول الثانى القائلون بعدم حجية مفهوم الشرط فقالوا: لو كانت أداة الشرط تدل على انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط لكان قوله تعالى : ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا﴾[1].دالا على جواز الإكراه على البغاء إن لم يردن التحصن وهو انتفاء الشرط؛ لأن حرمة الإكراه معلقة على إرادة التحصن، فإذا انتفت إرادة التحصن التى هى شرط، انتفت الحرمة عملا بمفهوم الشرط،

(١) سورة النور من الآية: [٣٣].

وحرمة الإكراه ثابتة بالإجماع سواء أردن التحصن أو لم يـــردن، ففـــى جميع الأحوال الإكراه محرم.

الرأى الراجح:

هو القائل بأن مفهوم الشرط حجة، وهــو رأى جمــهور العلمــاء وذلك لبطلان أدلة النافين لمفهوم الشرط.

ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام الشوكانى معزياً إلى إمام الحرمين فـــى الرد على المانعين حيث قال: كل ما جاءوا به لا تقوم به الحجة، والأخــذ به معلوم من لغة العرب والشرع فإن مـــن قـــال لغـــيره: إن أكرمتنـــى أكرمتك، ومتى أتيتنى أعطيتك، ونحو ذلك فهم منه أنه لا يستحق الإكــرام والإعطاء عند عدم إكرامه المتكلم ومجيئه إليه وذلك مما ينبغى أن لايقــع فيه خلاف بين كل من يفهم لغة العرب، وإنكار ذلك مكابرة، وأحسن مـــا يقال لمن أنكره، عليك بتعلم لغة العرب، فإن إنكارك لهذا يدل على أنـــك لا تعرفها[1].

المسألة التاسعة

مفهوم العدد

تعريفه هو دلالة اللفظ الذى قيد الحكم فيه بعدد معين على نفى الحكم عــم عداه زائدا كان أو ناقصا أو هو ثبوت نقيض الحكم المقيد بعدد عند عـــدم توافر هذا العدد[2].

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٧ ــ ٣٠٨.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٨.

حجيته:

أولاً: تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على أنه إذا ورد حكم مخصص بعدد ومقيد به كقوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ (١)، وقوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾ (٢). فإنه يدل على ثبوت الحكم لذلك العدد، وكذلك إذا وجدت قرينة أو دليل على حكم معين فإن ما زاد أو نقص عن العدد المخصوص المقيد به الحكم، فإنه يعمل بالدليل أو القرينة.

لكن الخلاف بينهم: فيما إذا لم تكن هناك قرينة تدل على حكم الزائد أو الناقص فهل يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك العدد زائداً كان أو ناقصاً أو لا؟

اختلف العلماء فى ذلك على قولين:

القول الأول:

أن مفهوم العدد حجة، وعليه فتعليق الحكم بعدد معين يدل على نفيه عن غير هذا العدد زائداً كان أو ناقصاً، وهذا مذهب جمهور الأصوليين منهم الشافعى، وأحمد بن حنبل، ومالك، وداود الظاهرى، وصاحب الهداية من الحنفية(٣).

---

(١) سورة النور من الآية : [٢].

(٢) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٣) ينظر: الإحكام للآمدى ــ ج٣ ص ٨٨، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٨٢، وروضة الناظر ــ ص ٢٧٤، والتمهيد للأسنوى ــ ص ٢٥٢، وفواتح الرحموت ــ ج١ ص ٤٣٢.

القول الثانى:

هو أن مفهوم العدد ليس بحجة، وعليه فتعليق الحكم بعدد معين لا يدل على نفى الحكم عما انتفى فيه هذا العدد، وهذا مذهب الحنفية والقاضى أبو بكر البلقلانى والبيضاوى.

قال الإمام الشوكانى: ومنع العمل بمفهوم العدد من منع العمل بمفهوم الصفة[1].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى:

ما روى عن النبى ﷺ أنه عند نزول قوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أولا تستغفر لهم إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم ﴾ [2] قال : "خيرنى ربى لأزيدن على السبعين"[3].

---

(١) ينظر: إرشاد الفحول ــ ص ٣٠٨، والإحكام للأمدى ــ ج٣ ص ٨٨، وتيسير التحرير ــ ج١ ص ١٠٠، والتمهيد للأسنوى ص ٢٥٣، والمعتمد ص ١٥٧، ونشر البنود ــ ج١ ص ١٠١، ونهاية السول ــ ج١ ص ٢٤٠، والإبهاج ــ ج١ ص ٢٤١.

(٢) سورة التوبة من الآية : [٨٠].

(٣) رواه البخارى والنسائى ــ ينظر: صحيح البخارى ــ ج٦ ص ٨٦، وسنن النسائى ــ ج٤ ص ٥٤.

وجه الاستدلال:

أن نفى المغفرة مشروط بالسبعين، وهو عدد معين علق عليه عـدم المغفرة فيجوز أن يغفر الله لهم إذا زاد النبى ﷺ فـــى اســتغفاره علـــى السبعين، وقد فهم النبى ﷺ ذلك بدليل أنه قال: " لأزيدن على الســـبعين"، وحيث ثبت أن البنى ﷺ قد فهم أن حكم ما زاد على الســـبعين مخـــالف لحكم السبعين كان مفهوم العدد حجة وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل بما يأتى:

قال النافون لحجية مفهوم العدد أننا لا نسلم لكم إن ذكر السبعين فى الآية للتحديد، إنما هو للمبالغة والتكثير، فقد استعملت للتكثير فى قوله تعالى :﴿ ذرعها سبعون ذراعا ﴾ [1] فقد استعمل العدد فى هذه الآية للتكثير وليس للتحديد، وعلى هذا تكون الآية التى استدللتم بها دليلا على حجية مفهوم العدد.

وأجيب عن ذلك:

بأن الأصل فى استعمال العدد أن يكون للتحديد وليس للتكثير والمبالغة، من ذلك ما ورد فى القرآن الكريم من آيات ذكر فيها العدد للتحديد مثل آية الزنا والقذف، وأما الآية التى ذكرتموها فى المناقشة، فإنما قد جاء العدد فيها للتكثير والمبالغة بقرينة سياق الآيات السبقة لها، وعلى هذا يكون مفهوم العدد حجة وهو المطلوب[2].

أدلة أصحاب القول الثانى القائلين بعدم حجية مفهوم العدد:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتى:

بأن الأعداد وإن كانت مختلفة باعتبار حقيقتها إلا أن ذلك لا يوجب اختلافها فى الأحكام؛ لأن اشتراك المختلفات فى حكم واحد غير

(١) سورة الحاقة من الآية : [٣٢].

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير ــ ج٣ ص ٥٠٨، والإحكام للآمدى ج ٣ ص ٨٨، ٨٩.

ممتنع، وما دام الأمر كذلك فلا يكون تقييد الحكم بعدد موجبا لنفى الحكم عن غيره من الأعداد الزائدة أو الناقصة حتى يكون اللفظ دالا على ذلك.

الرأى الراجح فى نظرنا:

الذى نراه فى هذه المسألة أن العدد باعتبار ذاته لا يدل على حكم فى العدد الزائد ولا فى العدد الناقص، فلا مفهوم له ولا يكون حجة بهذا الاعتبار، وإنما حجيته ودلالته على حكم فى الزائد أو الناقص، إنما يأتى من القرائن الخارجية، كأن يكون العدد الذى قيد به الحكم علة ذلك الحكم، فإن ذلك يعتبر دليلا على ثبوت الحكم فى هذا العدد المذكور والعدد الزائد، ونفيه عن العدد الناقص.

ثمرة الخلاف

تظهر ثمرة الخلاف فى حجية مفهوم العدد فى بعض الفروع الآتية:

١- إذا قال بع ثوبى بمائة، ولم ينهه عن الزيادة، فباع بأكثر، فعلى رأى من لا يثبت حجية العدد يصح البيع، ومن ذهب إلى القول بحجية العدد قال بعدم صحة البيع.

ونحن نرى رجحان صحة البيع؛ لأن القرائن تقضى بأن البائع من مصلحته الحصول على أعلى سعر فى البيع، فإن أذن لوكيله أن يبيع بمائة ويكون بيعه صحيحا فمن باب أولى باع بأكثر من مائة.

٢-إذا قال أوصيت لزيد بمائة درهم، ثم قال: أوصيت له بخمسين، فوجهان أشبههما كما قال الرافعي وهو الأصح فى الروضة ليس له إلا خمسون، ولا يجمع بينهما كما لو عكس، فقال: أوصيت له بخمسين، ثم أصى بمائة، فليس له إلا الموصى به أخيرا وهو المائة، والثانى: له مائة وخمسون وتوجيهها كما ذكرناه[1].

المسألة العاشرة

مفهوم الغاية

تعريفه:

هو دلالة اللفظ أو النص الذى قيد الحكم فيه بأداة الغاية كـا إلى وحتى واللام ــ وعلى نقيض ذلك الحكم بعد هذه الغاية.

مثاله قوله تعالى : ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾[2]. وقوله ﷺ : " لا زكاة من مال حتى يحول عليه الحول"[3]، فإن إباحة الزوجة المطلقة مقيد بغاية وهو نكاح زوج آخر غير المطلق، وذلك منطوق الآية، ودلت بمفهومها على أن يحرم عليه الزواج بالبائن قبل تزويجها بروج آخر، فهل يكون مفهوم الغاية " بحتى" حجة، فلا تحل

(١) ينظر: المرجع السابق ــ ٢٥٤، ٢٥٥، والروضة للنووى ــ ج٦ ص ٣١٠.

(٢) سورة البقرة : من الآية [٢٣٠].

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ والدارقطنى والترمذى وأبو داود ــ ينظر: الموطأ ــ ص ٢٤٦، وبذل المجهود ج٨ ص ٦٥، وعارضة الأحوذى ــ ج٣ ص ١٢٥، وسنن الدارقطنى ــ ج٢ ص ٩٠، والدراية فى تخريج أحاديث الرواية ــ ج١ ص ٢٤٨.

له قبل الزواج بغيره أم أنه لا يكون حجة وعليه يجوز لـــه أن يتزوجــها مرة أخرى قبل الزواج بآخر؟

حجيته:

تحرير محل النزاع:

اتفق الأصوليون على أن حتى العاطفة تدل على موافقة حكم مـــا بعدها لما قبلها؛ لأنها حرف من حروف العطـــف، والعطـــف يقتضـــى التشريك فى الحكم مثال ذلك: نحج الطلاب حتى محمد، فالعطف بحتـــى يقتضى مشاركة محمد للطلاب فى النجاح، فهذا لا خلاف فيه.

لكنهم اختلفوا فى " حتى وإلى " اللتان همـــا للغايـــة ﴿ فاغســـلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ﴾ (١) فإن هذه الآية قد دلت بمنطوقها علـــى غسل الأيدى، وهو ما قبل " إلى " باتفاق، أما المرفق وهو ما بعد إلـــى ، فهل ينتفى عنها الغسل لدلالة تقييد الحكم بحرف الغاية وهو " إلـــى " أو يكون غسلها مسكوتا عنه ولا يعرف إلا بدليل آخر؟

اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال:

القول الأول:

وهو للإمام الشافعى ومن وافقه: أن تقييـــد الحكـــم بحـــرف مـــن حروف الغاية كـــ " إلى " أو " حتى" يدل على انتفاء الحكـــم فيمـــا بعـــد

(١) سورة المائدة من الآية : [٦].

الغاية، لأن ذلك نقيض ما قبلها، وعلى هذا يكون مفـــهوم الغايـــة حجـــة مطلقا، سواء أكان ما بعد الغاية من جنس ما قبلها، أم كان من غير جنس ما قبلها، أم كان هناك فاصل بين ما قبلها وما بعدها من حس كغـــــروب الشمس، أو ليس هناك فاصل كالمرافق لعدم تميزه[1].

القول الثانى:

لبعض الحنفية واختاره الآمدى وهو أن مفهوم الغايـــــة لا يكـــون حجة مطلقا، سواء أكانت الغاية بـــ " إلى " أو " حتى " أو غيرها وســـواء أكانت ما بعد الغاية من جنس ما قبلها، أم كان من غير جنس ما قبلها، أم كان هناك فاصل بين ما قبلها وما بعدها أو ليس هناك فاصل فلا يكـــون مفهوم الغاية حجة بهذا الإطلاق.

وعلى هذا يكون حكم ما بعدها مسكوت عنه شأنه فى ذلك شـــــأن غيره من مفاهيم المخالفة، وحينئذ لا يعرف حكمه إلا مـــن دليـــل آخـــر خلاف الغاية[2].

القول الثالث:

ذهب البعض إلى أن الغاية إن كانت من جنس ما قبلها، مثل بعتك هذا الرمان إلى هذه الشجرة، وكانت الشجرة من الرمان دخلت الغاية فـــى

1 ينظر: المسودة ص ٣٥٨، والمعتمد ج١ ص ١٥٦، والمستصفى ـــ ج٢ ص ٢٠٨.

(٢) ينظر: فواتح الرحموت ـــ ج١ ص ٤٣٢، والإحكام للآمدى ـــ ج٣ ص ٨١.

منطوق الكلام فيتناولها البيع، فلا يكون مفهوم الغاية حجة، وإن كانت من غير جنسه لا تدخل[1].

القول الرابع:

إن كان ما قبل الغاية قد دخلت عليه " من " مثل: بعتك هذه القطعة من هذا الجدار إلى هذا الجدار، لم يدخل ما بعدها وهو الجدار الثانى فى الحكم وهو البيع، ويكون مفهوم الغاية حجة، وإن كان ما قبل الغاية لم تدخل عليه " من " ، مثل : بعتك هذه القطعة إلى هذا الجدار، دخل ما بعدها وهو الجدار فى البيع، فلا يكون حجة.

القول الخامس:

يرى أن ما بعد الغاية إن كان مفصولا عما قبلها بفاصل حسى، كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾[2]، فإن الليل مفصول عن النهار بغروب الشمس، وهو فاصل حسى مشاهد، فغروب الشمس قد فصل بين الليل والنهار، فيكون ما بعد الغاية الحكم فيه مخالفا لما قبلها، فيكون حجة.

وإن لم يكن مفصولا بفاصل حسى، كقوله سبحانه وتعالى : ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق﴾ [3] فإن ما بعد الغاية يدخل فيما

---

(١) ينظر: التمهيد للأسنوى ـــ ص ٢٢٢.

(٢) سورة البقرة من الآية : [١٨٧].

(٣) سورة المائدة من الآية : [٦].

قبلها فتكون المرافق داخلة فى اليد؛ لأن اليد تطلق على الذراع من الكف إلى المنكب، والمرافق غير متميزة فيجب غسلها، فلا يكون ما بعد الغاية مخالفا لما قبلها، فلا يكون حجة[1].

القول السادس:

يرى أن ما بعد الغاية ثابت بدلالة الإشارة فهو منطوق لا مفهوم كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾[2] فالمنطوق الصريح هو عدم الحل للزوج الأول، إلا أن تنكح الزوج الثانى، والمنطوق بالإشارة يكون فيه المعنى لازما غير مقصود، وهذا القول ضعيف، لأن الثابت بدلالة الإشارة مفهوم وليس بمنطوق كما ذهب إليه أصحاب هذا الرأى.

الأدلة

استدل المثبتون لمفهوم الغاية وأنه حجة مطلقا:

بأن الحكم قبل الغاية والمقيد بها لو كان ثابتا أيضا فيما بعد الغاية، لما كانت الغاية غاية ولما كان الحكم منتهيا بها، ولكان الحكم فيما بعدها موافقا لما قبلها لا مخالفا فيكون منطوقا لا مفهوما، لكنه ثبت أن الغاية غاية وأن الحكم ينتهى بها، فبطل أن يكون الحكم فيما بعد الغاية موافقا

---

(١) ينظر: التمهيد للأسنوى ــ ص ٢٢٢، وشرح العضد ــ ج٢ ص ١٨١.

(٢) سورة البقرة من الآية : [٢٣٠].

لما قبلها، وثبت نقيضه وهو كونه مخالفا، فيكون مفهوم الغاية حجة، وهو المطلوب.

واستدل النافون لحجية مفهوم الغاية مطلقا:

بأن تقييد الحكم بالغاية وانتهاؤه بها لا يدل على انتفاء الحكم فيما بعد الغاية لجواز ثبوته بدليل آخر من نص أو إجماع، وإذا ثبت الحكم فيما بعد الغاية موافقا لما قبلها بدليل آخر من نص أو إجماع، فلا يكون مفهوم الغاية حجة، ولا يكون الحكم بها دالا على نفيه فيما بعدها وهو المدعى والمطلوب.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الدليل فى غير محل النزاع: لأن كلامنا ليس فى تقييد الحكم بحكم معين فيما بعد الغاية، أما إذا وجد دليل من نص أو إجماع على حكم معين، فإنه يعمل به بلا خلاف ولا عبرة بمفهوم الغاية.

واستدلوا ثانيا : فقالوا:

إن غسل المرافق واجب فى غسل اليد الثابت غسلها بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وأيديكم إلى المرافق ﴾ فلو كان ما بعد الغاية مخالفا لما قبلها، لكان غسل المرافق غير واجب، وهذا باطل بالإجماع لأنهم متفقون على وجوب غسل المرافق، فلا يكون مفهوم الغاية حجة.

أجيب عن هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن هذا الدليل فى غير محل النزاع، لأن وجوب غسل المرافق ثابت بفعل النبى ﷺ فقدر وى عنه فى صفات وضوئه، أنه توضأ وغسل مرفقيه، وهذا يحتمل أن غسل المرفقين واجب.

سلمنا لكم أن غسله ﷺ للمرفقين ضرورة للاحتياط دعت إليها ضرورة التخلص من العهدة، و " إلى " هنا ليست على حقيقتها، بل هى بمعنى " مع " فقوله تعالى : ﴿ وأيديكم إلى المرافق ﴾ أى مع المرافق فيكون غسل المرافق ثابتا بالنص.

الوجه الثانى: أن غسل المرافق واجب لتوقف العلم بغسل اليد الذى هو واجب على غسل المرافق، لأن اليد غير متميزة عن المرفق، فوجب غسل المرفق لتوقف العلم بغسل اليد عليه، فهو من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لأن غسل المرافق مقدمة للواجب.

واستدل أصحاب القول القائل بأن ما بعد الغاية ثابت بدلالة الإشارة فهو منطوق لا مفهوم :

بأنه يتبادر إلى الأذهان من قوله تعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ عدم وجوب الصوم فى الليل وإباحة الإفطار فيه، وهذا غير مقصود لكنه لازم لتقييد الحكم بالغاية.

أجيب عن هذا:

بأننا لا نسلم لكم أنه منطوق، بل هو مفهوم، ولا يلزم من تبادره إلى الأذهان أن يكون منطوقا، فإن المفهوم قد يتبادر إلى الذهن، كما هو الحال فى مفهوم الصفة كقوله ﷺ " مطل الغنى ظلم " فقد يتبادر إلى الذهن أن مطل الفقير ليس بظلم، ولم يقل أحد بأنه منطوق[1].

والذى نرجحه من الأقوال السابقة هو القول القائل بأن مفهوم الغاية حجة مطلقا.

بهذا نكون قد انتهينا من أقسام مفهوم المخالفة عند الجمهور مقتصرين على المشهود منها اقتضاء لما يتطلبه المقام.

والله أعلى وأعلم ،،، ،،،

---

(١) ينظر:الإحكام للآمدى ـ ج٣ ص ٨٧، وما بعدها، وإرشاد الفحول ص ٣٠٨، وروضة الناظر ص ٢٧٣، والمعتمد ـ ج١ ص١٥٦، ونشر البنود ـ ج١ ص ١٠١.

الخاتمة

بعد أن انتهيت من هذا البحث المتواضع الذى أرجو أن أكون قـد وفقت فى تحصيل مادته العلمية، فإننى فى ختام هذا العمل أسـجل أهـم نتائج البحث فيما يأتى:

أن التوصل إلى معرفة أحكام الله تعالى التى بها صـلاح أحـوال المكلفين معاشا ومعادا، لا يكون صحيحا إلا إذا روعـى فيـه مقتضـى الأساليب فى اللغة العربية وطرق الدلالة فيها، وقد تحقق ذلك من أئمـة المجتهدين من علماء الإسلام وفقهاء الشريعة، وإذا كان قد وقـع بينـهم خلاف فى تقسيم هذه الطرق وتنويعها.

حيث سلك الأحناف فى استفادة الأحكام من نصوصها طرقا غـير التى سلكها الجمهور، إلا أن هذا لا يدل على التعارض بل التوافـق؛ لأن القواعد التى راعاها كل فريق ليست لها صبغة دينية، بل هى مستمدة من استقراء الأساليب العربية ومما قرره أئمة اللغة، والوقوف عليها بحسـب الوسع والطاقة، فربما توصل مجتهد إلى استنباط حكم من الدليـل عـن طريق دلالة النص عليه بطريقة معينة لم يتوصـل إليـها غـيره مـن المجتهدين، هذا فضلا على أنه فى الكثير والغالب نجد بأنه قد تتفق طرق دلالة الأدلة على الأحكام عند الجميع من ناحية المعنى وإن كان الخـلاف فى اللفظ، ومثال ذلك ما وجدناه من تقابل فى بعض الأقسام عند العلمـاء،

فمثلا دلالة المنطوق عند الجمهور يقابلها دلالة العبارة والإشارة والاقتضاء عند الأحناف، هذه هى أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا البحث قد حقق مقصوده ، وكشف عن موضوعه، وأن يجعل هذا خالصا لوجهه الكريم إنه نعم المولى ونعم النصير.

أهم المراجع

أولا: القرآن الكريم .

ثانيا: كتب السنة:

١-أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزى ـ ت ٧٥١ هـ ـ ط دار الجيل ـ بيروت.

٢- التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر العسقلانى ـ ت ٨٥٢ هـ ـ ط مكتبة الكليات الأزهرية.

٣- المستدرك على الصحيحين للحافظ محمد بن عبد الله النيسابورى ـ ت ٤٠٥ هـ ـ وبذيله التلخيص للحافظ الذهبى ـ ط دار المعارف ـ بيروت.

٤- تخريج أحاديث البزدوى ـ للحافظ أبى العدل زين الدين ـ ت ٨٧٩ هـ ـ ط نور الدين محمد ـ كراتشى ـ مطبوع على هامش أصول البزدوى.

٥- سنن أبى داود للإمام سليمان الأشعث ـ ت ٢٧٥ هـ ـ تحقبق محى الدين عبد الحميد ـ ط المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

٦- سنن ابن ماجة للإمام أبى عبد الله بن ماجه القزوينى ـ ت ٢٧٥هـ ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ـ ط دار الفكر ـ بيروت.

٧- سنن البيهقى الكبرى للإمام أحمد بن الحسين البيهقى ـ ت ٤٥٨ هـ ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

٨- سنن الترمذى للإمام أبى عيسى الترمذى ـ ت ؟؟؟؟ هـ ـ ط مصطفى الحلبى .

٩- سنن الترمذى للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى ـ ت ٢٢٥ هـ ـ ط دار الفكر بيروت ـ ط إحياء السنة النبوية.

١٠- سنن النسائى للإمام أبى عبد الرحمن بن شعيث النسائى ــ ت ٣٠٣ هــ ط دار الكتب العلمية ــ بيروت.
١١- صحيح الإمام مسلم بشرح النووى ط الشعب ، دار القلم ــ بيروت.
١٢- صحيح البخارى للإمام محمد بن إسماعيل البخارى ــ ت ٢٥٦ هــ ط مطابع الشعب.
١٣- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلونى ــ ت ١١٦٢ هــ ط التراث الإسلامى ــ حلب.
١٤- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى ــ ت ٨٠٧ هــ ط منشورات دار الكتاب العربى ــ بيروت.
١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى ــ ت ١٢٥٠هــ ط المطبعة العثمانية ، طبعة أخيرة مطبعة حلبى.

ثالثا: كتب الأصول ومراجع أخرى:

١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن على الشوكانى ــ ت ١٢٥٠ هــ تحقيق أبى مصعب محمد سعيد البدرى ــ ط مؤسسة الكتب الثقافية بيروت ــ لبنان ــ الطبعة الأولى ١٤١٢هــ.
٢- اصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى ــ ت ٤٩٠ هــ ط دار المعرفة ــ بيروت ــ سنة ١٤١٤ هــ.
٣- أصول الفقه ــ أ .د/ سلامة مدكور ــ ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م.
٤- أصول الفقه للشيخ محمد أبى النور زهير ــ ط دار التأليف بالقاهرة.

٥- أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ـ ط دار الفكر ـ ط ٧ سنة١٤٠١هـ

٦- الإبهاج فى شرح المنهاج لابن السبكى ـ تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل ـ ط مكتبات الأزهر.

٧- الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين الآمدى ـ ت ٦٣١ هـ ـ ط مؤسسة الحلبى للنشر والتوزيع.

٨- الآيات البينات على شرح المحلى على جمع الجوامع ـ لأحمد بن قاسم العبادى المصرى ـ ت ٩٩٢ هـ ـ ط مصر سنة ١٢٨٩هـ.

٩- البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن يوسف الجوينى ـ ت ٤٧٨ هـ ـ ط دار الأنصار بالقاهرة.

١٠- التحصيل من الحاصل للأرموى ـ تحقيق د. عبد الحميد على أبو زنيد ـ ط مؤسسة الرسالة.

١١- التقرير والتحبير على متن التحرير لأمير الحاج ـ ت ٨٧٩ هـ ـ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت.

١٢- التوضيح لمتن التنقيح لصدر الشريعة ـ صبيح.

١٣- الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعى ـ ت ٢٠٤ هـ ـ تحقيق أحمد شاكر ـ ط الحلبى.

١٤- الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير ـ ط السنة المحمدية.

١٥- المحصول فى أصول الفقه لمحمد بن عمر بن الحسين الرازى ـ ت ٦٠٦ هـ ـ تحقيق د./ فياض ـ الطبعة الأولى ١٩٧٩م. ـ مطبوعات جامعة الإمام محمد ابن سعود.

١٦- المستصفى من علم الأصول لأبى حامد بن محمد الغزالـــى ــ ت ٥٠٥ هــ الطبعة الثانية ــ دار الكتب العلمية ــ بيروت.

١٧- المسودة فى أصول الفقه آل تيمية عبد السلام ابن تيمية ــ ٦٥٢ هـــــ تحقيق محمد محى الدين ــ ط دار الكتاب العربى ــ بيروت.

١٨- المعتمد للإمام أبى الحسين البصرى ــ ت ٤٣٦ هـــــ ط دار الكتــب العلمية ــ بيروت.

١٩- المنخول للإمام محمد الغزالى ــ تحقيق د./ محمد على هيتو.

٢٠- الوصول إلى قواعد علم الأصول للتمرتاشى ــ رسالة محققـــة بكليـــة الشريعة د./ محمد عبد السميع فرج الله.

٢١- تخريج الفروع على الأصول للإمام الزنجانى ــ ت ٦٥٦ هــ تحقيـــق د./ محمد أديب ــ ط مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان

٢٢- تخريج الفروع على الأصول للإمام ــ ت ٧٧٢ هــ ط مؤسسة الرسالة ــ تحقيق محمد حسن هيتو.

٢٣- تشنيف السامع شرح جمع الجوامع لابن السبكى ـ للإمام محمد بن بهادر الزركشى ـمخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٤٧٩ أصول فقه.

٢٤- تقرير الشربينى على جمع الجوامع ـ ط دار العلوم للطباعـــة والنشــر بقطر.

٢٥- تنقيح الفصول للإمام شهاب الدين القرافى.

٢٦- تيسير الأصول للحافظ الزاهدى ــ ط الثانية ــ بيروت.

٢٧- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفـــى ــ شـــرح مختصر التحرير لكمال الدين بن الـــهمام ــ ت ٨٦١ هـــ ط مصطفـــى الحلبى.

٢٨- جمع الجوامع مع حاشية البنانى لتاج الدين السبكى ـ ت ٧٧١ هـ ـ ط مؤسسة جال العلوم للطباعة والنشر ـ الدوحة ـ قطر.

٢٩- روضة الناظر وجنة المناظر ـ ط مكة المكرمة.

٣٠- شرح الأسنوى للإمام جمال الدين بن عبد الرحيم الإسنوى ـ ت ٧٧٢ هـ ـ ط محمد على صبيح.

٣١- شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع لابن السبكى ـ ط الثانية ـ ط مصطفى الحلبى.

٣٢- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب للقاضى عضد الملة والدين الإيجى ـ ت ٧٥٦ ـ مراجعة د./ شعبان محمد إسماعيل ـ ط الكليات الأزهرية ـ ٣٩٤ هـ .

٣٣- شرح اللمع لابى إسحاق الشيرازى ـ ت ٤٧٦ هـ ـ ط أولى ـ دار الغرب الإسلامى ـ بيروت.

٣٤- شرح مختصر الروضة تحقيق د./ عبد التركى ـ ط مؤسسة الرسالة ـ الطبعة الثانية.

٣٥- شرح مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور ـ ت ١١١٩ هـ ـ ط دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان ـ مع المستصفى .

٣٦- فتح الغفار بشرح المنار لابن ملك المعروف بمشكاة الأنوار فى أصول الفقه لابن نجيم ـ ط مصطفى الحلبى.

٣٧- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للأنصارى ـ ط الثانية ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت.

٣٨- كتاب الحدود للباجى ـ ط بيروت ـ لبنان.

٣٩- كشف الأسرار على فخر الإسلام البزدوى للإمام علاء الدين ابن عبد العزيز بن أحمد البخارى ــ ط دار الكتاب العربى ــ بيروت.

٤٠- منتهى السول فى علم الأصول للآمدى ــ ط محمد على صبيح وأولاده ، القاهرة.

٤١- نشر البنود على مراقى السعود ــ لعبد الله بن إبراهيم الشنقيطى المالكى ــ ت فى حدود ١٢٢٣ هـ ــ ط ــ فضاله بالمحمودية بالمغرب.

رابعا : كتب الفقه:

١-البناية على الهداية ــ للميرغنانى.

٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ــ ت ٥٨٧ هـ ــ ط بيروت ــ لبنان .

٣- فتح القدير ــ للكمال بن الهمام.

خامسا: كتب اللغة :

٢-القاموس المحيط للفيروز أبادى ــ ط المطبعة الأميرية ــ ١٣٠١ هـ

٢- المصباح المنير للفيومى ــ ط بيروت ــ لبنان.

٣-المعجم الوسيط ــ ط دار المعارف.

٤-لسان العرب لابن منظور ــ ط دار المعارف بمصر.

٥-مختار الصحاح ــ ط دار المعارف بمصر.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات



بحث في
الاستحسان عند الأصوليين
دراسة وتطبيق

إعداد

الدكتور

صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

مدرس أصول الفقه بالكلية



أولا المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، إياك نعبد. وإياك نستعين ، يا من هو المعبود المشكور على الحقيقة .إذ لا منعم سواه، وكل نفع يجري على يد غيره فهو الذي أجراه، وكل خير يصل إلى بعض مخلوقاته من بعض فهو الذي قدره وقضاه، فأحمده حمداً يرضاه ، وأشكره شكراً يقابل نعماه، وإن كانت غير محصاه ، امتثالا لأمره لا قياماً بحق شكره، فإن لساني وجناني وأركاني لا تقوم بشكر أقل نعمة من نعمه العظيمة

والصلاة والسلام على رسوله المصطفى محمد المبعوث إلى الأحمر من العباد والأسود. صلاةً وسلاماً يتجددان بتجدد الأوقات، ويتكرران بتكرار الآيات ، وعلى آله وصحابته الأخيار.

وبعـــد

فإن علم أصول الفقه علم عظم نفعه وقدره، وعلا شرفه وفخـــره، إذ هو مثار الأحكام الشرعية ، ومنار الفتاوى الفرعية التي بها صـــــلاح المكلفين معاشاً ومعاداً ، ثم إنه العمدة في الاجتهاد ، وأهم ما يتوقف عليه من المواد كما نص عليه العلماء، ووصفه به الأئمة الفضلاء.

يقول الإمام الغزالي : وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسـمع واصطحب فيه الرأي والشرع ، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سـواء السبيل ، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بـالقبول ، ولا هو مبني على محض التقليد الـــذي لا يشـــهد لـــه العقــل بالتــأييد والتسديد[1].

هذا ، وقد عقدت العزم علــــى أن أبحـــث عـــن موضـــوع مـــن موضوعات هذا الفن . لينشر في مجلة الكلية هذا العام.فوقـــع اختيـــاري على موضوع " الاستحسان عند الأصوليين دراســـة وتطبيـــق " وهـــذا الموضوع من الأدلة المختلف فيها عند العلماء، لأن أدلة الشرع منها مـــا هو متفق عليه بين العلماء وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ومنـــها ما هو مختلف فيه وهي مذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، والاستحســان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع وغيرها.

هذا ولقد ترددت كلمة الاستحسان كثيرا على ألسنة الفقهاء، منــــذ عهد أبي حنيفة ومالك ، بعد أن تميز القياس من بين أنـــواع الاجتـــهاد .

(١) راجع المستصفى جـــ١ ص ٣ ط دار الفكر

ولقد كان الأخذ بالاستحسان بعد ذلك مثاراً للخلاف بين العلماء، منهم المؤيد له فاتخذه مبدأ من مبادئ التشريع يلجأ إليه المجتهد في بعض الأحوال الاستثنائية ، ومنهم المعارض له فجعله تشريعاً بالهوى ، فأقره الحنفية والمالكية والحنابلة، واشتهر به الحنفية أكثر من غيرهم حتى عرفوا به، وأكثروا منه في فقههم ، وإن كان القارئ في كتبهم كثيراً ما يجد هذه العبارة " الحكم في هذه المسألة كذا، واستحساناً كذا " أو " الحكم في المسألة كذا إلا أنا عدلنا عن القياس فيها إلى الاستحسان " .

ولقد كان الإمام أبو حنيفة – رحمه الله – بارعاً في الاستحسان، حتى إن تلميذه محمد بن الحسن قال عنه " إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد "[1].

وروى عبد الرحمن بن القاسم عن مالك أنه قال: "تسعة أعشار العلم الاستحسان[2] " .

وجاء الشافعي فعد القياس وحده هو الأساس في الاجتهاد بالرأي، واستنباط الأحكام، وأنكر ماعداه، ولذلك رفض الاستحسان، إذ فهمه على أنه اجتهاد بالهوى من غير دليل، وكتب فصلا من كتابه الأم ، سماه إبطال الاستحسان ، مع أنه أخذ في الواقع بالاستحسان الاصطلاحي ، الذي يأخذ به باقي الأئمة ، ولكنه لم يسمه استحسانا .

---

(1) راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو زهرة ص ٣٨٧ ط دار الفكر العربي

(2) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩ ط دار المعرفة بيروت – لبنان .

وعساني بهذا العمل أن أساهم مع المساهمين في خدمة الشريعة الغراء الذين يريدون لهذه الأمة أن تحقق ذاتها، فنحتكم إلى ما لديها من تشريع واف بكل متطلبات الحياة، وذلك لما فيه من المرونة والشمول والتجدد، غير غافلة عن الإفادة من ثمرات التطور العلمي عند الآخرين وأن تعود من جديد لتمد العالم كما أمدته من قبل بأعظم ثمرة علمية عرفها الإنسان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه وعمل بدعوته إلى يوم الدين.

د / صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

ثانيا خطة البحث :

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى ستة مباحث وخاتمة وفهرس لموضوعات البحث وبيانها كالتالي :

المبحث الأول : في تعريف الاستحسان .

المبحث الثاني : في حجية الاستحسان .

المبحث الثالث : في تحقيق مذهب الإمام الشافعي فى الاستحسان.

المبحث الرابع : في أنواع الاستحسان.

المبحث الخامس : في الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتبه به.

المبحث السادس : في أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان في الفقه الإسلامي ويشتمل على المسائل الآتية :

المسألة الأولى : في شرط الخيار لغير المتعاقدين .

المسألة الثانية : قبض الهبة بغير إذن الواهب.

المسألة الثالثة : في شركة المفاوضة .

المسألة الرابعة : في إقرار الوكيل بالخصومة.

المسألة الخامسة : في ردة الزوجين معاً.

المسألة السادسة : حكم قاطع الطريق في المصر .

المسألة السابعة : الاشتراك في السرقة .

المسألة الثامنة : اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل.

المسألة التاسعة : تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة .

المسألة العاشرة: في محاذاة الرجل المرأة في الصلاة .

المسألة الحادية عشرة : طهارة خرء الحمام والعصفورة.

المسألة الثانية عشرة: في حدوث عيب في الأضحية.

المسألة الثالثة عشرة: القبول ليس ركناً فى الهبة.

المسألة الرابعة عشرة : في هبة الدين لغير المدين .

الخاتمـــة – ثم الفهارس .

المبحث الأول

في

تعريف الاستحسان[1]

أولا: تعريف الاستحسان في اللغة:

يقول صاحب المصباح[2] : الاستحسان من الحسن وهو عد الشئ واعتقاده حسناً[3].

وقال ابن منظور[4] في لسان العرب: الحسن ضد القبح.

واستقبحت ونقيضه تقول : استحسنت كذا أي اعتقدته حسنا، كذا أي اعتقدته قبيحاً والحُسن نعت لما حُسن[5].

فالاستحسان في اللغة : عد الشئ حسناً مثل الاستقباح عد الشئ قبيحاً[6].

---

(1) يلاحظ في هذا البحث بأني أخرج الحديث في أول وروده وأترجم للعلم كذلك ولا أتعرض لهما بعد ذلك بذكر مثل القول : سبق تخريج الحديث أو سبق ترجمته بالنسبة للعلم .

(2) هو أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي الحموي ، أبو العباس، لغوي، اشتهر بكتابه المصباح المنير، ولد بالفيوم بمصر ورحل إلى حماه بسورية توفي سنة ٧٧٠هـ (راجع الأعلام جـ١ ص ٢٢٤ ط دار العلم للملايين – بيروت– لبنان).

(3) راجع المصباح المنير جـ١ ص ١٣٦ ط المكتبة العلمية- بيروت لبنان، مختار الصحاح ص ١٣٦ وما بعدها – الناشر دار الحديث – القاهرة.

(4) هو جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حقة بن منظور الأنصاري الأفريقي، ولد بالقاهرة سنة ٦٣٠هـ . أجمع المترجمون له على أنه كان محدثا فقيها. توفى سنة ٧١١هـ (راجع الأعلام جـ٧ ص ١٠٨)

(5) راجع لسان العرب جـ٢ ص ٨٧٩ ط دار المعرفة – بيروت – لبنان.

(6) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢ ط محمد على صبيح وأولاده – بمصر.

فالاستحسان : مشتق من الحسن والحسن محركه ما حسن من كل شئ والحسن يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحا عند غيره.

وقيل الاستحسان : طلب الأحسن لاتباعه ، مثل الاستئذان طلب الإذن للدخول[1].

هذا وقد اتفق الأصوليون على أن الاستحسان بالمعنى السابق ليس بحجة ولا يصح أن يكون أصلا من أصول التشريع الإسلامي التي يعتد بها، لأنه قول في الدين بالهوى والتشهي دون رعاية لدليل من أدلة الشرع الثابتة ، والقول في الدين بالهوى والتشهي ممنوع إجماعا، ولا يقول به أحد.

كما اتفقوا أيضا على أن لفظ الاستحسان يجوز استعماله بلا خلاف وذلك لوروده في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية، وإطلاق أهل اللغة والاجتهاد.

---

(1) راجع ما قيل في تعريف الاستحسان في القاموس المحيط جـ٣ ص ٢١٥ وما بعدها ط البابي الحلبي وأولاده بمصر المعجم الوسيط جـ١ ص ١٧٤ باب حسن ط دار المعارف، تاج العروس جـ١ص ٣٠٢ ط منشورات مكتبة الحياة- بيروت – لبنان، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٢ وما بعدها الناشر دار الكتاب الإسلامي، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ الناشر- دار الحديث القاهرة – أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ ط دار المعرفة – بيروت لبنان، نهاية السول للإسنوي جـ٣ ص ١٣٩ ط محمد على صبيح وأولاده بمصر- كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ٢٩١ ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

أما القرآن الكريم:

١- فقد قال الله تعالى في شأن التوراة:"**وكتبنا له في الألواح من كل شئ موعظة وتفصيلا لكل شئ فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها سأوريكم دار الفاسقين**"[١].

ففي الآية الكريمة. يأمر الله تعالى – موسى ﷺ أن يأمر قومه بأن يأخذوا بتعاليم الألواح التي أوحى الله تعالى بها إلى موسى، وأن يتمسكوا بأحسنها ، وما ذلك إلا حينما صفت قلوبهم، ونقت سريرتهم، وطهرت وجدانهم.

٢- قوله تعالى :﴿ **الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب**﴾ [٢].

ففي هذه الآية الكريمة . يمدح الله تعالى المؤمنين الذين يجتنبون عبادة الطاغوت ، ويستمعون لما جاء به محمد ﷺ فيلتزمون بهديه ويتمسكون بهذه التعاليم السامية وما ذلك إلا لصفاء قلوبهم ونقاء ضمائرهم .

٣- قوله تعالى : ﴿ **ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله وعمل صالحا وقال إنني من المسلمين**﴾[٣].

ففي هذه الآية الكريمة دعوى صريحة واستحسانا لعمل الدعوة والدعاة والمفكرين من المسلمين حيث يوجهون جهودهم إلى الله تعالى ،

---

(١) سورة الأعراف الآية ١٤٥

(٢) سورة الزمر الآية ١٨

(٣) سورة فصلت الآية ٣٣.

وإلى دعوته حيث ذكت نفوسهم، وأنار الله تعالى بهم الأرض ،لأنهم حملة لواء الإسلام الذي جاء به محمد ﷺ .

٤- قوله تعالى :﴿ **الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثاني تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم**﴾[١].

ففي الآية الكريمة : بين أن أحسن ما يسمع مما أنزل الله هو القرآن الكريم ، قال سعد بن أبى وقاص[٢]، قال أصحاب رسول الله ﷺ : لو حدثتنا فأنزل الله تعالى:﴿**الله نزل أحسن الحديث**﴾[٣]. فقالوا: لو قصصت علينا فنزل ﴿**نحن نقص عليك أحسن القصص**﴾[٤]. فقالوا لو ذكرتنا فنزل ﴿ **ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم لذكر الله وما نزل من الحق** ﴾[٥].

وأما من السنة :

فقد ورد لفظ الاستحسان في حديث رسول اللهﷺمن ذلك مايلي :

---

(١) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٢) هو مالك بن أهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة الأمير أبوإسحاق القرشي الزهري المكي أحد العشرة المشرين بالجنة، وأحد السابقين الأولين للإسلام شهد بدرا والحديبية توفي سنة ٥٦هـ (راجع سير أعلام النبلاء جـ١ ص ٩٢ مؤسسة الرسالة- بيروت، لبنان، أسد الغابة جـ٢ ص ٣٦٦ ط الشعب.

(٣) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٤) سورة يوسف من الآية ٣.

(٥) سورة الحديد من الآية ١٦.

١- قوله ﷺ "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " [١].

٢- قوله-ﷺ- "أقربكم مني مجلسا يوم القيامة أحسنكم خلقا "[٢].

ففي الحديثين الشريفين: ذكر للاستحسان والحسن ، حيث وضح وبين رسول الله -ﷺ- أن ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، كما بين أن أقرب الناس منه يوم القيامة أحسنهم خلقا.

وأما إطلاق أهل اللغة والاجتهاد لفظ الاستحسان واستعماله فما نقل عن الأئمة من استحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض للماء المستعمل ، ولا تقدير مدة السكون فيه، وتقدير أجرته، واستحسان شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير للماء وعوضه.

---

(١) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك عن طريق زر بن حبيش عن عبد الله بن مسعود بنفس اللفظ وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، أخرجه الزيلعي من نفس الطريق بنفس اللفظ وقال : حديث غريب ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود، أخرجه الإمام أحمد في مسنده من نفس الطريق بلفظ أن رسول الله ﷺ قال " إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رأوه سيئا فهو عند الله سيئ" (راجع المستدرك جـ٣ ص ٧٨ وما بعدها كتاب معرفة الصحابة ط دار المعرفة- بيروت - لبنان، نصب الراية جـ٤ ص ١٣٣ كتاب الإجارات- باب الإجارة الفاسدة ط دار المأمون - مصر، مسند الإمام أحمد جـ١ ص ٣٧٩ ط دار صادر - بيروت - لبنان.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده من طريق ثعلبة الخشني بلفظ قال رسول الله ﷺ " إن أحبكم إلي وأقربكم مني في الآخرة محاسنكم أخلاقا، وإن أبغضكم إلي وأبعدكم مني في الآخرة مساويكم أخلاقا - الثرثارون- المتفيهقون- المتشدقون " (راجع مسند أحمد جـ٤ ص ١٩٣

وقد نقل عن الإمام الشافعي[1]: أنه قال استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما، واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، واستحسن ترك شئ من نجوم الكتابة للمكاتب ، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت. القياس أن تقطع يمناه ، والاستحسان أن لا تقطع[2].

وقد نقل عن الإمام مالك[3] أنه قال : الاستحسان تسعة أعشار العلم، وقال أصبغ بن الفرج المالكي[4] . الاستحسان فى العلم قد يكون

---

(1) هو محمد بن إدريس بن العباس القرشي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة، ولد في سنة ١٥٠هـ بغزة ، وحمل منها طفلا إلى مكة ، ثم رحل إلى المدينة ، من مؤلفاته ، الأم في الفقه والرسالة في الأصول وغيرهما توفي سنة ٢٠٤هـ (راجع شذرات الذهب جـ٢، جـ٩ ط دار الفكر للطباعة والنشر، طبقات الشافعية للإسنوى جـ١ ص ١٨ ط دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

(2) راجع ما قاله الإمام الشافعي في نفائس الأصول في اختصار المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧ الناشر مكتبة - نزار مصطفي الباز، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨ ط الكتبي ، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ومابعدها ط دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠ وما بعدها الناشر دار الحديث- الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٤ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

(3) هو مالك بن أنس بن مالك أبو عبد الله إمام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأربعة ، ولد بالمدينة في سنة ٩٣هـ من مؤلفاته : الموطأ، ورسالة فى الرد على القدرية وغير ذلك كثير، توفي سنة ١٧٩هـ ودفن بالمدينة (راجع تهذيب التهذيب جـ١ ص ٥ ط دائرة المعارف النظامية- حيدر آباد، وفيات الأعيان جـ٣ ص ٢٨٤ ط دار صادر بيروت- لبنان).

(4) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري، الإمام الثقة الفقيه المحدث ولد سنة ١٥٠هـ بمصر من مصنفاته كتاب الأصول وكتاب آداب الصيام ، وتفسير حديث الموطأ، توفي سنة ٢٢٥هـ بمصر (راجع شجرة النور الزكية ص ٦٦ الناشر دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، الأعلام جـ١ ص ٣٣٣ ط دار العلم للملايين- بيروت - لبنان).

أغلب عن القياس، وقال: إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم[1].

وأما الإمام أبو حنيفة[2] فقد حمل لواء الاستحسان. فقد نقل عنه أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال: استحسن لم يلحق به أحد فيزعنون له[3].

وقال الإمام أحمد[4] في التيمم: استحسن أن يتيمم لكل صلاة، والقياس أنه بمنزلة الماء، يصلى به حتى يحدث أو يجد الماء، وقال فيمن غصب أرضا فزرعها: الزرع لصاحب الأرض، وعليه النفقة، وهذا لا يوافق القياس، ولكن استحسن أن يدفع إليه نفقته. وقال: يجوز شراء أرض السواد ولايجوز بيعها، فقيل له كيف يشتري ممن لا يملك ؟ فقال: القياس كما تقول ولكن هو استحسان[5].

---

(1) راجع أقوال المالكية في الموافقات جـ٤ ص٢٠٩ وما بعدها ط دار المعرفة بيروت لبنان، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص٤٠٢٧، الاعتصام جـ٢ ص١٣٨ ط دار الفكر.

(2) هو النعمان بن ثابت الفقيه الكوفي، ولد سنة ٨٠هـ، وكان خزازا يبيع الخز وجده زوطى من أهل قابل، وأدرك أبو حنيفة جماعة من الصحابة منهم أنس بن مالك، قال عنه الشافعي الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة توفي سنة ١٥٠هـ (راجع وفيات الأعيان جـ٥ ص ٤٠٥، تذكرة الحفاظ جـ١ ص ١٦ ط دار الفكر العربي- بيروت- لبنان.

(3) راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو زهرة ص ٣٨٧.

(4) هو أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوائلي إمام المذهب الحنبلي وأحد الأئمة الأربعة، وكان أبوه والي سرخس، ونشأ منكبا على العلم، وسافر في سبيله إلى كثير من البلدان الإسلامية، من مؤلفاته مسند في الحديث، وكتاب في الناسخ والمنسوخ وغيرهما كثير، توفي سنة ٢٤١هـ (راجع شذرات الذهب جـ٢ ص ٩٢، الأعلام جـ١ ص ١٩٢).

(5) راجع أقوال الإمام أحمد في شرح الكوكب المنير جـ٤ ص ٤٢٩ ط جامعة الملك عبد العزيز، المسودة ص ٤٥٢ ط دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

مما سبق يتبين لنا أنه لا خلاف في استعمال لفظ الاستحسان، إذا الجميع متفق على استعماله،وإنما الخلاف واقع في معنى لفظ الاستحسان وما يؤدى إليه[1].

وسيأتي بعد قليل بيان حقيقة الاستحسان عند تعريفه في الاصطلاح.

ثانيا : تعريف الاستحسان في الاصطلاح :

لقد اختلف العلماء في تعريف الاستحسان: ونحن بدورنا نذكر هذه التعاريف موضحين من لم يأخذ بالاستحسان، ومن أخذ وعمل به كحجة ودليل من الأدلة الشرعية .

أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية

١- تعريف الاستحسان عند المتقدمين :

لم يؤثر عن أبى حنيفة وأصحابه أن عرفوا الاستحسان، أو ضبطوه، أو بينوا أنواعه، ذلك لأن معناه كان معروفا بينهم، ولم يكن أبو

---

(١) راجع استعمال لفظ الاستحسان فى الإحكام الآمدي جـ٤ ص ٢١٠ ومابعدها ، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧، نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩ وما بعدها ط محمد على صبيح وأولاده بمصر، الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨، شرح الكوكب المنير جـ٤ ص ٤٢٩، الإحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٧ وما بعدها، ط العاصمة حسين حجازي، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣، التلويح مع التوضيح جـ٢ ص ١٦٢ ط صبيح بالقاهرة ، تفسير القرطبى جـ١٥ ص ٢٤٨- الناشر دار الكتاب العربي – القاهرة ، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٨ وما بعدها ط دار الطباعة المحمدية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٢٤ وما بعدها الناشر دار المسلم، الأدلة المختلف فيها الدكتور / محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٣ وما بعدها .

حنيفة قد وضع أصول فقهه، وإنما نسب للاستحسان الذي كان يقول به معنيان:

أ- *الأول:* وهو لبعض الأصوليين من أصحاب أبى حنيفة، فقالوا : هو دليل ينقدح في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه[1].

وهذا المعنى للاستحسان. متردد بين القبول والرد، وذلك لتردد معنى الانقداح بين الشك والوهم، أو الثبوت واليقين، فإن كان الانقداح ناشئا عن وهم وخيال فهذا لا جدال في بطلانه، أما إن كان المجتهد متثبتا ومتيقنا مما أنقدح في ذهنه من دليل ومطمئنا إليه فلا شك أنه يلزمه العمل بما اقتضاه الدليل في حق نفسه ومن قلده، ولابد أن يكون الدليل معتدا به شرعا ، لكن لا يستطيع إلزام الآخرين به، أو الجدال عنه ما لم يكشف عن ماهيته، لأن مالا يقدر المجتهد على التعبير عنه لا يدرى وهم هو أم دليل مقبول شرعا.

وقد اختلف العلماء في قبول هذا التعريف أو رده تبعا للمعنى الذي فسروا به الإنقداح فمن رآه أنه شك ووهم رده، ومن فسره بالاتضاح والظهور قبله.

فإذا فسر الإنقداح بالظهور والاتضاح يكون معنى التعريف أن الاستحسان هو الدليل على حكم شرعي استقر في نفس المجتهد بعد تمعن وتدبر حتى ثبت عنده وتحقق منه ، وإن لم يستطع التعبير عنه.

---

(1) راجع التلويح على التوضيح حـ٢ ص ١٦٣، روضة الناظر وشرحها حـ١ ص ٤٠٧ وما بعدها الناشر- مكتبة الكليات الأزهرية، المسودة ص ٤٥٢، الإحكام للآمدي حـ٤ ص ٢٢٠، إرشاد الفحول ص ٢٤١ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، شرح الكوكب المنير حـ٤ ص ٣٤٠

ونحن نؤيد المعنى الثاني للانقداح ، وهو الظـــهور والاتضـــاح، فمن المعلوم أن المتبادر إلى الذهن من اللفظ يكون حقيقة فيه، ولذلك قـــال العلماء : التبادر أمارة الحقيقة ، وأن المتبادر من الانقداح هو الظـــــهور والاتضاح لا الشك والوهم إذ من المستبعد أن يقول المجتهد بحكم شرعي إلا إذا تحقق وتثبت من دليل الحكم، نظراً لأمانته وتقواه وورعه ومنزلتـــه في العلم، وأما كون المعنى بحيث لا يستطيع المجتهد التعبير عنه هنـــــا، فهو أن المعاني التى تختلف فيها الأنظار ويقع فيها التعارض بين الأدلـــة كما هو حاصل في كثير من مسائل الاستحسان،وقد لاتصل من الوضـــوح إلى حد تنطلق بالتعبير عنه،ومع ذلك يكون المجتهد متحققاً ومتيقناً منه[1]

وقد رد الغزالى[2] هذا التعريف فقال : وهذا هوس لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدرى أنه وهم وخيال أو تحقيق ، ولابد من ظـــهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصححه الأدلة أو تزيفه، أما الحكم بما لا يدري مـــا هو، فمن أين يعلم جوازه. أبضرورة العقل، أو بسمع متواتر، أو آحـــاد؟ ولا وجه لدعوى شئ من ذلك كيف، وقد قال أبو حنيفة: إذا شهد أربعـــة على زنا شخص لكن عين كل واحد منهم زاوية من زوايا البيـــت وقـــال زنا، فالقياس أن لا حد عليه، لكنا نستحسن حده. فيقال له لـــم يستحســـن

---

(1) راجع الإحكام للآمدي جـ٢ ص ٢١١، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، حاشية البنـــاني جـ ٤ ص ٣٥٣، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١، روضة الناظر جـ١ ص ٤٠٧، الأيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣

(2) هو حجة الإسلام محمد بن أحمد الطوسى أبو حامد الغزالى الشافعي المولود بمدينة طوس من أعمال خراسان ســـنة ٤٥٠هـــ ، ونبغ في كثير من العلوم الشرعية والعقلية والتصوف له مائة كتاب ومقالة، ورسالة توفي سنة ٥٠٥هـــ(راجع الأعلام جـ٧ ص ٢٤٧، شذرات الذهب جـ ٤ ص ١٠)

سفك دم مسلم من غير حجة إذ لم تجتمع شهادة الأربعة على زنا واحد وغايته أن يقول تكذيب المسلمين قبيح وتصديقهم وهم عدول حسن فنصدقهم ونقدر دورانه في زنية واحدة على جميع الزوايا بخلاف ما لو شهدوا في أربع بيوت فإن تقدير التزاحف بعيد. وهذا هوس لا نصدقهم ولا نرجم المشهود عليه كما لو شهد ثلاثة، وكما لو شهدوا في دور، وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فدرء الحد بالشبهة أحسن. كيف وإن كان هذا دليلا فلا ننكر الحكم بالدليل، ولكن ينبغي أن نسمي بعض الأدلة استحسانا[1].

وقال الآمدي[2] عن هذا التعريف : والوجه في الكلام عليه أنه إن تردد فيه بين أن يكون دليلا محققاً، ووهماً فاسداً . فلا خلاف في امتناع التمسك به، وإن تحقق أنه دليل من الأدلة الشرعية، فلا نزاع في جواز التمسك به أيضاً، وإن كان في غاية البعد، وإنما النزاع في تخصيصه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه دون إمكان التعبير عنه[3].

---

(1) راجع قول الإمام الغزالى في المستصفى جـ١ ص ٢٨١ ط دار الفكر، المنحول ص ٤٧٧ ط دار الفكر- بيروت - لبنان، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٩ ط دار الكتاب العربي- بيروت - لبنان.

(2) هو على بن أبي بن محمد بن سالم الثعلبي الفقيه الأصولي سيف الدين الآمدي ولد سنة ٥٥١هـ بآمد وقدم بغداد وقرأ القراءات وتفنن في قراءة العقليات، صنف في أصول الفقه ، والمنطق، والحكم، والخلاف توفي سنة ٦٣١هـ (راجع وفيات الأعيان جـ٣ ص ٢٩٣، الفتح المبين جـ٢ ص ٨٤، شذرات الذهب جـ٥ ص ١٤٤)

(3) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١

وقال البيضاوي [1]: إنهم إن أرادوا بقولهم " ينقدح في نفس المجتهد " أنه يشك فيه- فهو مردود كما هو ظاهر، وإن أرادوا به أنه تيقن صحته فهو صحيح يجب عليه أن يعمل به[2]أهـ.

وبعد ذكر أقوال العلماء عن هذا التعريف للاستحسان أرى أن هذا التعريف لا يصلح أن يكون محلا للنزاع ، لأن المجتهد إن قطع بما وقع في ذهنه فلا خلاف في أنه يصح الاعتماد عليه في استنباط الحكم، ويكون حجة عنده فى إثبات الأحكام، وإن لم يقطع بما وقع في ذهنه بأن شك أو توهم فلا خلاف في أنه لا يصح له الاعتماد على ذلك في استنباط الأحكام.

الثاني : عرفه الكرخى[3] من الحنفية : بأنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

ومعنى هذا . أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في مسألة بحكم مماثل لحكم نظائرها، إلى حكم آخر يخالف حكم نظائرها لوجود دليل أقوى من الدليل الذي يقتضي مساواتها بنظائرها.

---

(1) هو القاضى ناصر الدين أبو الخير عبد الله بن محمد بن على قاضى القضاة البيضاوي نسبة إلى البيضاء بلاد فارس، من تصانيفه الطوالع، والمنهاج، توفي سنة ٦٩١هـ (راجع شذرات الذهب جـ٥ ص ٣٩٢، البداية والنهاية جـ١٣ ص ٣٠٩، الفتح المبين جـ٢ ص ٨٨).

(2) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١، نهاية السول جـ٣ ص ١٤٠، أصول الفقه للدكتور / زهير جـ٤ ص ١٩٠

(3) هو عبيد الله بن الحسين الكرخى فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق مولده بالكرخ وهى قرية من قرى بغداد، له رسالة في الأصول التي عليها مدار الحنفية ، وشرح الجامع الكبير. توفى سنة ٣٤٠هـ (راجع الأعلام جـ٤ ص ١٩٣، الفوائد البهية ص ١٠٨ ط دار المعرفة – بيروت- لبنان).

مثال ذلك : قول القائل لله عليَّ أن أتصدق بمالي، أو مالي صدقة فإن المال هنا مفرد مضاف فيعم جميع أنواع الأموال سواء أكانت من أموال الزكاة أو من غيرها ومقتضى العموم هو وجوب التصدق بجميع ما يملكه من مال، إلا أن هناك دليلا آخر منع من العمل بمقتضى هذا العموم وهو قوله تعالى : ﴿ **خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم والله سميع عليم**﴾ [١].

فإن المراد من الأموال في الآية الكريمة أموال الزكاة إجماعاً – فليكن كذلك في قول القائل " مالي صدقة " والجامع بين الأمرين إضافة الصدقة إلى المال في الموضعين .

فأنواع المال نظائر تندرج تحت جنس المال، وقد أخرج بعضها، وهي الأموال التي لا تجب فيها الزكاة فحكم لها بحكم يخالف حكم نظائرها ، وهو عدم وجوب التصدق بها، بعكس نظائرها فقد حكم فيها بوجوب التصدق بها في النذر، والدليل الذي أدى إلى الحكم فيها بخلاف نظائرها هو الآية المتقدمة : وهو أقوى من الدليل الذي اقتضى مساواتها لنظائرها في الحكم ، والدال على وجوب الوفاء بالنذر مثل قوله تعالى : ﴿ **ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق**﴾[٢] ولعموم قوله تعالى :﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾[٣].ولأن الله تعالى مدح به فقال تعالى: ﴿ **يوفون بالنذر**﴾[٤] . وأخبر بوقوع العقاب بنقيضه

---

(١) سورة التوبة الآية ١٠٣

(٢) سورة الحج الآية ٢٩

(٣) سورة المائدة من الآية ١.

(٤) سورة الإنسان من الآية ٧.

فقال تعالى :﴿ ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين، فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون[١]﴾.

ولأن الإجماع منعقد على وجوب الوفاء بالنذر[٢] . فهذا التعريف وإن بين صورة الاستحسان عند الحنفية . من أنه إخراج صورة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لمقتضى، لكن يترتب على الأخذ به أن يكون العدول عن العموم إلى الخصوص وعن المنسوخ إلى الناسخ استحساناً، وليس باستحسان عندهم [٣].

وقد يجاب بأن الذي يعنينا ليس مطلق العدول، بل العدول عن حكم القاعدة العامة وسنن القياس في مسألة ما إلى دليل آخر ، على أن الاستحسان بهذا المعنى الذي ذهب إليه الكرخي ما هو إلا دليل خاص من كتاب أو سنة ، أو غيرهما عارض دليلا عاماً وخصصه وليس دليلاً جديداً ، ولا نزاع في تخصيص العام بالخاص، إذا صح الخاص، وهذا غير متنازع فيه بل هو محل اتفاق[٤].

---

(١) سورة التوبة الآيات (٧٥، ٧٦، ٧٧).

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ ص ٣ الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢ ، التلويح جـ٢ ص ١٦٢، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨، نهاية السول جـ٣ ص ١٤٠، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١ ، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٢، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٦ وما بعدها، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٠.

(٣) الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٢٢.

(٤) أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٩٠، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٠

٢- تعريف الاستحسان عند متأخري الحنفية :

اعلم أن بعض القادحين في المسلمين طعن على أبي حنيفة وأصحابه- رحمهم الله - فى تركهم القياس بالاستحسان . وقال : حجج الشرع - الكتاب ، والسنة والإجماع ، والقياس، والاستحسان قسم خلص لم يعرف أحد من حملة الشرع سوى أبى حنيفة وأصحابه أنه من دلائل الشرع ، ومن هنا عمد المتأخرون منهم إلى الدفاع عن الاستحسان ، فضبطوه وبينوا معناه وأقسامه، رداً على من قال إن الاستحسان تشريع بالهوى وقول في الدين بدون دليل. ولذلك نقل عنهم تعاريف كثيرة رفعت الخلاف بشأن الاستحسان، وكشفت عن حقيقته أنه ليس حكماً بالهوى والشهوة ، بل حكم مستمد من مجموع علم الفقه بمقاصد الشريعة وغاياتها : ونحن بدورنا نذكر بعض هذه التعاريف.

أ- تعريف الكمال بن الهمام[1] للاستحسان:

الاستحسان عند الحنفية يطلق بإطلاقين أحدهما إطلاق خاص، وهو قياس خفي وقع في مقابله قياس جلى ، ويسمى الاستحسان القياسي.

وبيانه : أن يكون فى المسألة التي ينظر الفقيه في حكمها وصفان يقتضيان قياسين متباينين :-

أحدهما : ظاهر جلي ، وهو ما يتبادر إليه الذهن ابتداءً ويحكم بمقتضاه في نظائرها.

---

(١) هو كمال الدين بن محمد عبد الواحد بن مسعود السيواسي الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ولد سنة ٧٩٠هـ من تصانيفه. فتح القدير للعاجز الفقير والتحرير في أصول الفقه وغيرهما توفى سنة ٨٦١هـ (راجع شذرات الذهب ج٧ ص ٢٩٨ وما بعدها).

والثاني : خفي وهو مالا يتبادر إليه الذهن إلا بعد النظر والتأمل، فيلحقها الفقيه بالثاني مع خفائه نظراً لقوة تأثيره فيها ولا يلحقها بالأول مع ظهوره وجلائه نظراً لضعف تأثيره فيها، فإذا عدلنا عما يقتضيه القياس الظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول ، كان هذا العدول استحساناً، ويسمى الحكم الثابت به حكماً مستحسناً وثابت على خلاف القياس.

مثال ذلك : قياس سؤر سباع الطير، كالصقر، والنسر، والحدأة على سؤر الإنسان بجامع أن كلا منهما لايؤكل لحمه، وسؤر الإنسان طاهر فسؤر سباع الطير كذلك: فهذا قياس خفي قوي الأثر ، وقع في مقابلة قياس جلي ضعيف الأثر هو قياس سؤر سباع الطير، على سؤر سباع البهائم كالأسد، والفهد والذئب، بجامع أن كلا منهما لحمه نجس ، وسؤر البهائم نجس لاختلاطه باللعاب النجس فسؤر ، سباع الطير كذلك نجس، والحنفية قد أخذوا بالقياس الخفي، لأنه أقوى تأثيراً من الظاهر وأثبتوا طهارة سؤر سباع الطير وسموا ذلك استحساناً .

وفي هذا الإطلاق يقول السرخسي[1] : والاستحسان فى الحقيقة قياسان.

أحدهما : جلي ضعيف الأثر يسمى قياساً ، والآخر خفي قوي الأثر فيسمى استحسانا ، أى قياساً مستحسناً. فالترجيح إذن بالأثر لا

(1) هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي نسبة إلى سرخس من أعمال خراسان ، من أشهر مؤلفاته المبسوط فى الفقه ، أصول السرخسي في الأصول، وشرح الجامع الصغير وغير ذلك كثير (راجع الفوائد البهية ص ١٥٨، الأعلام جـ٥ ص ٣١٥)

بالإخفاء والوضوح كالدنيا مع العقبى فإن الدنيا ظاهرة ، والعقبى باطنة وترجحت بالصفاء والخلود[1].

ثانيهما: أي الإطلاق الثاني : وهو أن الاستحسان دليل وقع في مقابلة القياس سواء كان الدليل نصاً، أو إجماعا.

مثاله : السلم فإن النص دل على جوازه والقياس الظاهر يقضي بعدم الجواز، لعدم وجود المعقود عليه عند العقد، وكذلك الاستصناع وهو طلب الصنعة لما فيه تعامل كالخف والنعل، فإن الإجماع يدل على جوازه ، والقياس الجلي يقتضي منعه، لكون المعقود عليه غير موجود وقت العقد.

وهذا الإطلاق ليس كسابقه ، فإن الإطلاق السابق كان الاستحسان فيه عبارة عن تعارض بين علتين أحدهما ظاهرة والأخرى خفية ، وأما هنا فإن التعارض ليس واقعا بين علتين، وإنما هو واقع بين علة قياس ودليل آخر غير القياس، وهذا الدليل قد يكون نصاً أو إجماعاً، أو ضرورة، وسيأتي ذكر الأمثلة عند الكلام على أنواع الاستحسان.

ويلاحظ على هذا التعريف. أن الإطلاق الأول يفتقر إلى شمول أنواع الاستحسان عند الحنفية، حيث اقتصر على نوع واحد وهو الاستحسان القياسي. والإطلاق الثاني حصر الاستحسان في هذه الأنواع الأربعة - النص، والإجماع، والقياس، والضرورة – مع أن أنواعه تربوا على الثمانية وسيأتي بيانها في ما بعد عند ذكر أنواع الاستحسان.

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣، المبسوط جـ١ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت – لبنان.

وأيما كان الأمر فإن الاستحسان بالمعنى الذي ذكره الكمال بن الهمام لا يصلح أن يكون محلا للنزاع لأنه يرجع إلى العمل بالقياس الخفي لترجحه على القياس الظاهر، أو إلى العمل بالنص أو الإجماع، وترك القياس الظاهر وليس ذلك مما ينبغي الخلاف فيه لأن العمل بالدليل الراجح متفق عليه بين جميع الأئمة، فالعمل بالاستحسان بهذا المعنى محل اتفاق، وليس فيه خروج على النصوص الشرعية، ولم ينكر أحد على أبي حنيفة الاستحسان بالأثر، والإجماع، والضرورة، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق[1].

ب- تعريف السرخسي للاستحسان:

إن الاستحسان عنده ينقسم إلى قسمين :

الأول : العمل بالاجتهاد وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولا إلى آرائنا،نحو المتعة المذكورة في قوله تعالى:**﴿متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾**[2].أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة، وشرط أن يكون بالمعروف فعرفنا أن المراد ما يعرف استحسانه بغالب الرأي ،وكذلك قوله:**﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهم**

---

(1) راجع تعريف الكمال بن الهمام للاستحسان وما قيل فيه في التقرير والتحرير جـ٣ ص ٢٢٢ وما بعدها، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، كشف الأسرار للبخاري جـ٤ ص ٣، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص٢٩١ وما بعدها، غاية الوصول للأنصاري ص١٤٧ ط صبيح وأولاده - بمصر، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص ٣٢٢ ط دار الفكر، تيسير التحرير جـ٤ ص٧٨ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده- بمصر، التوضيح جـ٢ ص١٦٤، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٤ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٠٦ ومابعدها.

(2) سورة البقرة من الآية ٢٣٦

بالمعروف﴾ [1]. ثم قال : ولا يظن بأحد من الفقهاء أنه يخالف هذا النوع من الإستحسان .

الثاني : هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إمعان التأمل فيه، وبعد إمعان التأمل في حكم الحادثة وأشباهها من الأصول، يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه في القوة ، فإن العمل به هو الواجب ، فسموا ذلك استحسانا للتمييز بين هذا النوع من الدليل، وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل، على أن معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسنا لقوة دليله[2].

ويلاحظ على هذا التعريف أن القسم الأول ليس داخلا في مفهوم الاستحسان الأصولي عند الحنفية ، لأن التقديرات التي جعلها الشارع موكولة لتقدير للمجتهدين ، لا يقال إنها استحسان، لأن الاستحسان عند فقهاء الحنفية والذي فهم من كتبهم الفقهية محصور بين أمرين :

أ – ترجيح قياس خفي على قياس ظاهر.

ب– استثناء مسألة جزئية من قاعدة كلية أو ترجيح دليل والعمل به في مقابلة القياس.

والقسم الثاني : يشمل أنواع الاستحسان كلها، لأن الدليل المعارض للقياس الظاهر قد يكون نصا أو إجماعا، أو قياسا خفيا، أو ضرورة، وكلمة دليل تشمل ذلك كله.

---

(1) سورة البقرة من الآية ٢٣٣

(2) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها.

جـ- تعريف السرخسي للاستحسان في كتابه المبسوط:

عرف السرخسي الاستحسان بعدة تعاريف هى ما يلى :

١-**الاستحسان** : ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس.

٢-**الاستحسان** : طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام.

٣-**الاستحسان** : الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة .

٤-**الاستحسان** : الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين قال تعالى : ﴿**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾[١]. وغاية الاستحسان بأنواعه إنما هو ترك العسر في الأحكام عند حصوله إلى اليسر.

فالقيام في الصلاة ركن لا تصح صلاة الفريضة بدونه هذه القاعدة هي الأصل في صحة الصلاة، والقياس عليها يقتضي بطلان صلاة القاعد في الفريضة ، ولكن عُدل عن حكم القاعدة في حال المرض إلى صحة الصلاة لوجود العسر والمشقة.

وكذلك أباح الشارع الإفطار للمسافر والمريض لوجود العسر والمشقة ، وكذلك طهارة الحياض التي تنجست بوقوع البعر فيها في البراري إذا كانت النجاسة قليلة لرفع المشقة والعسر .

وكذلك المرأة عورة من رأسها إلى قدمها، ويحرم النظر إلى كل عورة، ولكن أبيح النظر استثناءً إلى بعض المواضع منها للحاجة

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٥

والضرورة، فكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس وتركاً للعسر إلى اليسر[1].

ويلاحظ على هذا التعريف وإن كان صحيحاً .إلا أنه أراد أن يعرف الاستحسان بغايته ومآله أو الهدف منه، وأراد أن يبين أن أصل مشروعية الاستحسان للتيسير ومنع غلو القياس. كما أن التخفيف لابد له من ضوابط ، فليست كل مشقة تستوجب العدول والاستثناء، وليس كل يسر مقبولا لدى الشائع، فإذا تحققت الضوابط والشروط اللازمة للتخفيف كان الخروج عن القواعد العامة شائعاً أيا كانت المصطلحات والأسماء.

د- تعريف البزدوي[2] للاستحسان:

الاستحسان : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه.

ومعنى هذا أن يكون في المسألة قياسان، أحدهما جلي ظاهر، ولكنه ضعيف الأثر لضعف علته، والآخر قياس خفي قوي الأثر، فيرجح المجتهد العمل بالقياس الخفي استحساناً لقوة علته، وهذا معنى قوله: إلى قياس أقوى منه، فالقوة منشؤها العلة[3].

---

(1) راجع هذا التعريف وما قيل فيه في المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧.

(2) هو علي بن محمد الحسين عبد الكريم أبو الحسن فخر الإسلام البزدوي ، نسبة إلى بزدة ببلاد ما وراء النهر، تبحر في الفقه الحنفي وأصوله، ومن مؤلفاته أصول البزدوي، وغناء الفقهاء، وتفسير في القرآن وغيرها. توفي سنة ٤٨٢هـ (راجع الأعلام جـ٤ ص ٣٢٨)

(3) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٦ ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨ الناشر الكليات الأزهرية.

ويلاحظ على هذا التعريف. بأنه غير جامع لأنه غير شامل لأنواع الاستحسان عند الحنفية، لأنهم يرون أن أنواع الاستحسان. العدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب، أو السنة ، أو العادة.

يقول الآمدي في الاعتراض على هذا التعريف: ويخرج منه الاستحسان عندهم بالعدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب،أو السنة، أو العادة.

أما الكتاب:

فكما في قول القائل " مالي صدقة " فإن القياس لزوم التصدق بكل مال له، وقد استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة كما في قوله تعالى : **﴿خذ من أموالهم صدقة﴾**[1]. ولم يرد به سوى مال الزكاة.

وأما السنة:

فكاستحسانهم أن لا قضاء على من أكل ناسيا في نهار رمضان، والعدول عن حكم القياس إلى قوله ﷺ لمن أكل ناسيا "الله أطعمك وسقاك"[2].

([1]) سورة التوبة من الآية ١٠٣

([2]) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث رقم ١٩٣٣ ، كتاب الصوم - باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا. ط دار المعرفة - بيروت لبنان).

وأما العادة:

فكالعدول عن موجب الإجازات في تقدير الماء المستعمل في الحمام،وتقدير السكنى فيها، ومقدار الأجرة للعادة في ترك المضايقة في ذلك[١].

وقال ابن الحاجب[٢] بعد ذكره التعريف السابق: وهذا مما لا نزاع في قبوله[٣] بناء على أنه نوع من أنواع الاستحسان

هـ- تعريف صدر الشريعة[٤] للاستحسان:

الاستحسان : هو دليل يقابل القياس الجلي[٥].

ومعنى هذا التعريف : أن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليل، عندما يتجاذب المسألة دليلان أحدهما عام والآخر جاري مجرى سنن القياس ويدخل بكلمة دليل في التعريف أنواع الاستحسان عند الحنفية، لأن الدليل قد يكون نصاً أو إجماعا أو قياسا خفياً.

---

(١) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ وما بعدها.

(٢) هو أبو عمرو عثمان بن عمر أبي بكر الزويني فقيه، مالكي، كردي الأصل ولد في إسنا بصعيد مصر سنة ٥١٧ هـ من مؤلفاته مختصر ابن الحاجب في الأصول، ومنتهى الأمل من علمي الأصول والجدل وغيرها (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ٦٥ وما بعدها ، حسن المحاضرة جـ١ ص ٢٥٠ ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ).

(٣) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص ٢٨٨

(٤) هو عبيد الله بن مسعود بن محمود بن عبيد الله بن محمود – صدر الشريعة المحبوبي الحنفي فقيه أصولي له مصنفات كثيرة توفي – رحمه الله – سنة ٧٤٧هـ (راجع طبقات الأصوليين جـ٢ ص ١٦١، مفتاح السعادة جـ٢ ص ١٩٠).

(٥) راجع التوضيح جـ٢ ص ١٦٢

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ذكر كلمة دليل مطلقة في المقابلة دون ذكر الترجيح ، ولو قال الاستحسان هو العمل بالدليل الذي يقابل القياس الجلي لكان أولي لبيان حقيقة الاستحسان .

وعرفه بعضهم بأنه عبارة عن تخصيص قياس بدليل أقوى منه.

ويلاحظ على هذا التعريف أن الاستحسان تخصيص العلة والاستحسان ليس بتخصيص[1].

هذا وبعد ذكر تعريف المتقدمين والمتأخرين من الحنفية للاستحسان يتبين أن الاستحسان ليس قولا بالهوى والتشهي من غير دليل وإنما هو دليل شرعي راجع في جملته إلى الأدلة الشرعية. ويعجبني في هذا المقام ماجاء في البحر المحيط: " واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع، وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة[2]، فأبو حنيفة أجل قدراً، وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنه من دليل قام عليه شرعاً ، فكان الطعن فيه من غير روية، وقدح من غير وقوف على المراد[3].

٣- تعريف الاستحسان عند المالكية

اشتهر الإمام مالك ﷺ بالقول بالاستحسان ، ولكن لم ينقل عنه تحديد هذا الاستحسان ، بل إطلاق هذه اللفظة في بعض المسائل وإن لم تكن كثيرة كثرتها في الفقه الحنفي . ويظهر أنه كان يكتفي بالمعنى

---

(١) راجع المرجع السابق، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ص٣، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢ وما بعدها.

(٢) راجع البحر المحيط للزركشي جـ٨ ص ٩٧

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٢ ص ٣

ويترك العنوان في غالب الأحيان، على نهج القول بالمصالح، حيث فاق الأقران في الإفتاء بها واعتبارها، حتى اشتهرت به واشتهر بها. وليس معنى هذا أن يقول في كل فتوى : هذا الحكم لمصلحة هي كذا، أو الدليل على هذا هى المصلحة .

ولعل القائلين إنه لم يقل بالاستحسان إلا فى مسائل معدودة يعنون بها المسائل التى صرح فيها بلفظة الاستحسان. وإلا فما معنى قوله " الاستحسان تسعة أعشار العلم "[1]. وكذلك لم يحدد التلاميذ الأولون هذا الاستحسان حيث لم يوجد حاجة إلى مثل هذا التحديد، بل قال أصبغ بن فرج المالكي " الاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس " وقد بالغ فيه فقال " إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة ، وأن الاستحسان عماد العلم "[2].

ولما قامت الخصومات حول الاستحسان وهل هو دليل شرعي أولا ؟ .عرفوه مع اختلاف في العبارات، كل يذهب إلى ناحية، والظاهر أنهم قصدوا إثبات أنه غير خارج عن الأدلة، ونفى أنه تشريع بالهوى ، ولم يقصدوا تفصيل أنواعه واستيعابها، وعباراتهم فى التعريف تبدو متقاربة لاتختلف إلا في العموم والخصوص[3]. وإليك بعضاً منها.

([1]) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩

([2]) راجع الاعتصام جـ٢ ص ١٣٨

([3]) راجع تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي جـ٣٦٥ وما بعدها ط الأزهر.

أ- تعريف ابن العربي للاستحسان :

عرف ابن العربي[١] الاستحسان بأنه عبارة عن :

" إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته " وقسمه أقساما أربعة وهي: ترك الدليل للعرف، وتركه للإجماع، وتركه للمصلحة ، وتركه لليسير التافه لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق[٢].

وقال في أحكام القرآن " الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر، والقياس إذا اطرد ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان، من ظاهر أو معنى ، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويريان معا تخصيص القياس ونقص العلة [٣].

ب- تعريف ابن رشد للاستحسان :

عرف ابن رشد[٤] الاستحسان فقال : " الاستحسان الذى يكثر استعماله، هو طرح القياس الذى يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه،

---

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله الأندلسي المالكي ولد سنة ٤٦٨هـ من تصانيفه المحصول في الأصول، والإنصاف في مسائل الخلاف، والأحكام وغير ذلك توفي سنة ٥٤٣هـ ودفن بفارس (راجع معجم المؤلفين جـ١ ص ٢٤٢ وما بعدها، الأعلام جـ٦ ص ٢٣٠)

(٢) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨

(٣) راجع المرجع السابق : حيث نقله الشاطبي عن ابن العربي وإن كان لايوجد في أحكام القرآن الكريم له.

(٤) هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، أفقه أهل الأندلس، من تصانيفه المقدمات لأوائل كتب المدونة ، البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، مختصر المبسوط وغيرها توفي سنة ٥٢٠ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٤ ص ٦٢)

فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص بـــه ذلــك الموضع. ثم قال: الحكم بغلبة الظن أصل في الأحكام. وهذا كمـــا تــرى خاص إن فُسر القياس بمعناه المعروف عند الأصوليين ، وأما إن فُســـر بالمعنى الأعم كان مرادفاً لتعريف ابن العربي السابق[1].

جـ- تعريف الشاطبي وبعض المالكية للاستحسان :

عرف الشاطبي[2] وغيره الاستحسان :بأنـــه اســتعمال مصلحــة جزئية في مقابلة قياس كلي ، فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس.

ومعنى هذا التعريف : أن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقــه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثـــال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضي القياس فيها أمــرا إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخري ، أو جلـــب مفســدة كذلك[3].

مثال ذلك : لو اشترى سلعة بالخيار ثم مات وله ورثة فقيل يرد، وقيـل: يختار الإمضاء. وقال أشهب[4]: القياس الفسخ، ولكنا نستحســـن إن أراد الأمضاء أن يأخذ الأرش من لم يمض إذا امتنع البائع من قبول نصيـــب

(1) راجع الاعتصام جـــ٢ ص ١٣٩ ط دار الفكر- مالك لأبي زهرة ص ٢٩٨ ط دار الفكر العربي

(2) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي الشهير بالشاطبي أبو اسحاق- محدث، فقيــه، أصــولي ، مفسر من مؤلفاته عنوان التعريف بأسرار التكليف في الأصول، والموافقات في أصول الأحكام، والاعتصام وغيرهـا توفي سنة ٧٩٠هـــ (راجع شجرة النور الزكية ص ٢٣١)

(3) راجع الموافقات جـــ٤ ص ٣٠٦، البحر المحيط جـــ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول جـــ٩ ص ٤٠٢٧

(4) هو أبو عمر بن عبد العزيز بن داود القيس العامري المصري إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر بعد موت ابن القاسـم ، ولد في سنة ١٤٠هـــ وتوفي ٢٠٤هـــ (راجع الأعلام جـــ١ ص ٣٣٣ ، وفيات الأعيان جـــ١ ص ٢٣٨).

الراد وقال ابن القاسم[١]: قلت لمالك : لم يقضي بالشاهد واليمين في جراح العمد الأموال[٢].

د- تعريف أشهب المالكي وبعض المالكية للاستحسان:

فقد عرفوا الاستحسان بأنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس. كدخول الحمام، والشرب من السقا، مما لا يحدد فيه زمان الانتفاع ولا مقدار المأخوذ من الماء.

ويلاحظ على هذا التعريف : أن العادة إذا كانت ثابتة في زمنه عليه الصلاة والسلام فقد ثبت الحكم بالسنة لا بالاستحسان، وإن كانت في عصر الصحابة من غير إنكار منهم فإجماع، وإن كانت غير عادة ، فإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجيته فقد ثبت بذلك مثل القرض والعرية، وكذا سائر الترخصات التي وردت أدلتها بالنص أو القياس[٣].

هـ- تعريف محمد بن خويز منداد للاستحسان:

عرف ابن منداد[٤] الاستحسان : فقال الاستحسان الذى ذهب إليه أصحاب مالك هو " القول بأقوى الدليلين "

مثال ذلك : تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، وتخصيص الرعاف دون القئ بالبناء للحديث فيه، وذلك لأنه لو لم ترد سنة بالبناء

---

(١) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٣٢هـ أثبت الناس في مذهب الإمام مالك، وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة توفى سنة ١٩١هـ (راجع شجرة النور الزكية ص ٥٨، الفتح المبين جـ١ص ١٢٠).

(٢) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

(٣) راجع هامش للموافقات جـ٤ ص ٢٠٦، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز بن منداد الإمام العالم المتكلم، الفقيه، الأصولي، له مصنفات عديدة في الخلاف والأصول، وأحكام القرآن (راجع شجرة النور الزكية ص ١٠٣)

فى الرعاف لكان في حكم القئ في أنه لا يصح البناء، لأن القياس يقضى تتابع الصلاة ، فإذا أوردت السنة في الرخصة بترك التتابع فـــي بعــض المواضع صرنا إليه، وأبقينا الباقي على الأصل قال : وهذا الذي ذهـــب إليه هو الدليل، فإن سماه استحسانا فلا مشاحة في التسمية[1].

وبعد، فهذه تعريفات المالكية للاستحسان ، وهى قريبة من بعضــها في المعنى ، ومنها يتبين لنا مايلى:

١- إن الاستحسان عند المالكية ذو وجوه عديــدة ، وأكــثر مــا يكــون الاستحسان عندهم عندما يظهر أن موجب القياس يؤدي إلى حـــرج، فيأتي الاستحسان لدفع هذا الحرج الناشئ من إطراد القياس، كما ورد في تعريف ابن رشد.

٢- إن الاستحسان قد يأتي عند المالكية في بعض الأحيان ليثبت حكمـــا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة ، فهو حكم جزئي في مقابلـــة دليل كلى . وذلك مثل إجازة القرض دفعا للحرج والمشقة ، فإنه ربـا فى الأصل ، لأن الدرهم بالدرهم إلى أجل أبيح لما فيه من التوســعة والرفق بالخلق[2]. كما ورد في تعريف الشاطبي ، وكذلـــك الإفتــاء بقبول شهادة الشاهد غير العدل في البلد الذي لا يوجد فيه عـــدول . ترخصا من قاعدة عامة يؤدي إطرادها إلى وقـــوع ضـــرر فيــأتي الاستحسان ليدفعه.

---

(١) راجع هامش الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦ - البحر المحيط جـ٨ ص ٩٧، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

(٢) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦

٣- إن الاستحسان عند المالكية له وجه آخر أكثروا منه وهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس عند التعارض، وهنا يرجع المجتهد إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة إلى المصلحة التى بنى عليها اجتهاده، فالقياس هنا يقتضي حكما يؤدى إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة، فيقدم المالكية هنا العمل بالمصلحة الراجحة التي هى مقصد الشارع على حكم القياس، وعلى هذا المعنى بنى الإمام مالك وأصحابه كثيرا من الأحكام الاجتهادية.

٤- إن الاستحسان عندهم ليس تشريعا بالرأي والهوى ، وإنما هو ترك الدليل لدليل أقوى منه يعارضه في بعض مقتضياته، ذلك الدليل قد يكون إجماعا ، وقد يكون عرفا، أو مصلحة مرسلة. وهذا ما ورد في تعريف ابن العربي.

٥- إن المالكية أحيانا يمثلون بأمثلة للاستحسان مرة وللمصالح المرسلة مرة أخرى ، وملحظهم في ذلك الاعتبار، فباعتبار إخراجها عن عموم الدليل سموها استحسانا، وباعتبار أنه لم يرد فيها نص معين ولم يرد من الشارع اعتبارها بذاتها، أو إلغاؤها سموها مصلحة مرسلة.

٦- إن الاستحسان عند المالكية غير خارج عن إطار الأدلة الشرعية .

قال الشاطبي : " وإذا كان هذا معناه عند مالك وأبى حنيفة فليس بخارج عن الأدلة ألبتة ،لأن الأدلة يقيد بعضها بعضا، ويخصص بعضها

بعضا، كما في الأدلة السنية مع القرآنية، ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلا[1].

وقال بعد ذكره تعريف الاستحسان وذكر أمثلة له : "وهذا يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر في لوازم الأدلة ومآلاتها[2].

وأرى أن التعريف الأقرب إلى الصواب من التعريفات السابقة للاستحسان عند المالكية : هو استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس، كما يؤخذ من مجموع كلامهم في الاستحسان والمصالح.

كما أن الاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلا للخلاف، ولا يرفضه فقيه ، فهو محل اتفاق وغير خارج عن الأدلة الشرعية.

وهذا ما رجحه الشاطبي فقال:" إن الاستحسان المالكي معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس[3]وقال الإبياري : والذي يظهر من مذهب مالك القول بالاستحسان لا على ما سبق بل حاصله استعمال مصلحة جزئية في مقابله قياس كلي ، فهو يقدم الاستدلال المرسل على القياس[4] أ هـ.

---

(1) راجع الاعتصام جـ٢ ص ١٣٩

(2) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩

(3) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦

(4) راجع البحر المحيط ص ٩٨، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

وقال الشيخ أبو زهرة[١]: بعد ذكره تعاريف المالكية للاستحسان "وخلاصته عندهم أنه استعمال مصلحة جزئية في موضوع يعارضه فيها قياس عام [٢] أ هـ.

٣- تعريف الحنابلة للاستحسان

إن الناظر في أصول الاستنباط في الفقه الحنبلي يجد أن الإمام أحمد – رحمه الله – قد أخذ بالاستحسان كمبدأ اجتهادي ، ولكنه لم يتوسع فيه توسع الحنفية والمالكية ، ولعل المسائل الاستحسانية التي ذكرها علماء الحنابلة في كتبهم قليلة ومعدودة . ولعل السبب في ذلك تأثر الإمام أحمد بشيخه الإمام الشافعي رضى الله عنهما.

وقد ورد عن الإمام أحمد ما يدل على بطلان الاستحسان ، وإنكار العمل به ، ولكن الاستحسان الذي قصده هو الاستحسان الذي لا يعتمد على دليل شرعي، بل المعتمد على العقل المجرد والتشهي ، وأما الاستحسان الذي يعتمد على دليل من الشرع، فلم ينكره بل عمل به في بعض فروعه فلذلك قال: أنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه" ومعنى هذه العبارة أنه يترك القياس بالخبر وهذا هو الاستحسان[٣].

---

(١) هو محمد بن أحمد أبو زهرة من أكابر علماء الشريعة الإسلامية في عصره ولد بالمحلة الكبرى سنة ١٣١٦هـ من مصنفاته تاريخ الجدل في الإسلام، أصول الفقه، مذكرات في الوقف، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية وغيرها (راجع الأعلام جـ٦ ص ٢٥)

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ ط دار الفكر العربي – القاهرة.

(٣) راجع الكوكب المنير جـ٤ ص ٣٤٠، روضة الناظر وشروحها جـ١ ص ٤٠٧، المسودة ص ٤٥٢

وجاء في المسودة : وقد أطلق أحمد القول بالاستحسان في مواضع[1] أ هـ.

وقال الآمدي : وقد اختلف فيه فقال به أصحاب أبى حنيفة وأحمد ابن حنبل[2] أ هـ.

وقال ابن مفلح[3]: أطلق أحمد القول به في مواضع[4]أ هـ.

هذا وقد وردت عن الحنابلة تعريفات كثيرة ومختلفة للاستحسان في كتب أصول الحنابلة بعضها مقبول وبعضها مردود، وأغلب هذه التعريفات تتوافق مع ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في تعريفهم للاستحسان، وها نحن نذكر بعضا منها :

تعريف ابن قدامة للاستحسان :

عرف ابن قدامة[5] الاستحسان بثلاثة معان:

أحدها : العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة[6]، والاستحسان بهذا المعنى دليل عام من كتاب أو سنة عارض

---

(1) راجع المسودة ص ٤٥١

(2) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٠٩

(3) هو أقضى القضاة برهان الدين أبو اسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي الشيخ الإمام ، صنف شرح المقنع في الفقه، وصنف كتابا في الأصول توفي سنة ٨٨٤هـ (راجع شذرات الذهب جـ٧ ص ٣٣٨ وما بعدها)

(4) راجع الكوكب المنير جـ٤ ص ٣٤٠ وما بعدها.

(5) هو محمد بن أحمد بن عبد الهادي شمس الدين أبو عبد الله بن قدامة المقدسي من كبار الحنابلة، صنف ما يزيد على سبعين كتاباً منها العقود الدرية في مناقب ابن تيمية، المحرر، ومسند في الحديث وغيرها توفي سنة ٦٨٢هـ (راجع الأعلام جـ٥ ص ٣٢٦، شذرات الذهب جـ٦ ص ١٤١)

(6) راجع روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٧

دليلا خاصاً، وخصصه ، وليس هناك خلاف بين الفقهاء في تخصيص العام إذا صح الخاص .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع لمعاني الاستحسان ، لأنه قصره على استحسان النص، كما يترتب عليه كون العدول من المنسوخ إلى الناسخ ، وعن العموم إلى الخصوص استحسانا وهو ليس كذلك[1].

الثاني: ما يستحسنه المجتهد بعقله[2]:

وهذا التعريف باطل، لأنه أرجع الاستحسان- وهو دليل شرعي – إلى عقل المجتهد واجتهاده وهذا الاجتهاد مبني على الهوى التشهي. حيث يجعل غير العالم بنصوص الكتاب والسنة مجتهداً[3].

وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالى :إنا نعلم قطعاً، إجماع الأمة قبلهم أن العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى المجرد- وهو كاستحسان العوام، ومن لا يحسن النظر. فإنه إنما جاز الاجتهاد للعالم دون العامي ، لأنه يفارقه في معرفة أدلة الشرع، وتمييز صحيحها من فاسدها، وإلا فالعامي أيضا يستحسن، ولكن يقال لعل مستند استحسانك وهم وخيال لا أصل له، ونحن نعلم أن النفس لا تميل إلى الشئ إلا بسبب مميل إليه، لكن السبب ينقسم إلى ما هو وهم وخيال إذا

---

(1) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢

(2) راجع روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٧، للمستصفي جـ١ص ٢٧٤ وما بعدها.

(3) يلاحظ أن هذا التعريف حكاه الشافعي عن أبي حنيفة لكن الحنفية ينكرون هذا التفسير لما فيه من الشناعة (راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣١

عرض على الأدلة لم يتحصل منه طائل، وإلى ما هو مشهور من أدلة الشرع، فلم يميز المستحسن ميله عن الأوهام، وسوابق الرأى، إذا لم ينظر في الأدلة، ولم يأخذ بها.

فأبعد استحسان المجتهد عن الأوهام – ورجع به إلى الأدلة الشرعية – فخرج باستحسان المجتهد عن الحكم بالهوى[1].

على أن هذا التعريف لا يصلح فى الحقيقة أن يكون محلا للنزاع بين أحد من الأئمة ،لأن خلاصته : أنه قول في الدين من غير دليل شرعي بل بالهوى والتشهي،وقد سبق القول بأن الأمة متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي .

الثالث : دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه[2].

وهذا التعريف متفق مع تعريف الاستحسان عند متقدمي الحنفية وقد تقدم الكلام عنه سابقاً.

---

(1) راجع المستصفي جـ١ ص ٢٧٥ وما بعدها.

(2) راجع تعريف ابن قدامة للاستحسان في روضة الناظر جـ١ص ٢٠٨، المسودة ص ٤٥٢، شرح الكوكب جـ٤ ص ٣٤٠، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣، نفائس الأصول جـ٩ ص٤٠٢٧، المنخول ص ٤٧٧ ط دار الفكر بيروت – لبنان، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، إرشاد الفحول ص ٢٤١

ب- تعريف أبو الخطاب للاستحسان :

عرف أبو الخطاب الاستحسان فقال : والذي يقتضيه كلام أصحابنا أن يكون حد الاستحسان العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه[1].

وهذا التعريف يشمل بعمومه أنواع الاستحسان فموجب القياس يشمل القياس الظاهر، كما يشمل القواعد العامة.

جـ- وعرفه بعض الحنابلة فقالوا : الاستحسان ترك الحكم إلى حكم هو أولى منه[2] .ويلاحظ أن هذا التعريف أنه خارج عن معاني الاستحسان ، لأنه لا يقال للأحكام بعضها أولى من بعض أو أقوى من بعض، وإنما القوة والأولوية تكون للأدلة.

د- وعرفه بعضهم: بأنه ترك القياس إلى قياس أولى منه[3].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع ، فهو يشمل أحد وجوه الاستحسان فقط وهو الاستحسان القياسي.

هذا وبعد عرض بعض تعريفات الحنابلة للاستحسان نجد أن هناك شبه تطابق فيما بينهم وبين الحنفية في هذه التعريفات ولعل ذلك راجع لكون الذين تعرضوا للاستحسان عند الحنابلة كانوا من المتأخرين ، وقد اطلعوا على معنى الاستحسان بعد أن ضبط واستقر عند متأخري الحنفية.

---

(1) راجع المسودة ص ٤٥٢

(2) راجع المرجع السابق.

(3) راجع المسودة ص ٤٥٣

ولعل أقرب التعريفات إلى الصواب من تعريفات الحنابلة هو تعريف أبو الخطاب القائل بأن الاستحسان :هو العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه لشموله أنواع الاستحسان .

- تعريف أبو الحسين البصري للاستحسان

عرف أبو الحسين البصري[1] الاستحسان بأنه : ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول .

فقوله : غير شامل شمول الألفاظ يخرج العام ، فإن العام إذا ترك لوجه من وجوه الاجتهاد كالقياس مثلا لا يكون استحساناً إنما يكون ذلك تخصيصاً للعام بالقياس.

وقوله : لوجه أقوى يكون كالطارئ على الأول . قصد به إخراج ترك أحد القياسين للقياس الآخر فلا يسمى ذلك استحساناً ، لأن القياس الذي عمل به ليس طارئاً على الأول ، بل هو موجود ابتداءً.

مثال ذلك :بيع العنب بالزبيب فإنه قد ثبت تحريم بيعه سواء أكان على الشجر أم لا،قياساً على الرطب.ثم إن الشارع قد رخص في جواز بيع الرطب على النخل بالتمر اليابس-لما فيه من الرفق ورفع الحرج

(1) هو محمد بن علي الطيب البصري أحد أئمة المعتزلة، وكان يشار إليه بالبنان في علم الأصول والكلام من تصانيفه المعتمد في الأصول، وشرح الأصول الخمسة ، وله كتاب في الإمامة وأصول الدين توفي ببغداد سنة ٤٣٦هـ (راجع الفتح المبين جـ١ ص ٣٧٧ ، شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٥٩).

قسنا عليه العنب في هذه الحالة، وتركنا القياس الأول لأنه ليس في حكم الطارئ ، ولكن القياس الثاني أقوى[1].

وقد اعترض عليه: بأن حاصله يرجع إلى أن الاستحسان هو تخصيص العلة وهو المعبر عنه بالنقض، وليس ذلك مما انفرد به الحنفية ولك أن تقول : هو بهذا التفسير أعم من تخصيص العلة فإنه رجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه ، وذلك أعم.

وفي الاعتراض على هذا التعريف يقول البيضاوي:وهذا يقتضي أن تكون الشريعة كأنها استحسان،لأن البراءة الأصلية مقتضى العقل، وإنما يترك ذلك لدليل أقوى منه،وهذا الأقوى في حكم الطارئ على الأول :

ثم قال ينبغي أن يزاد في حكم الحد قيد آخر فيقال: ترك وجه من وجوه الاجتهاد مغاير للبراءة الأصلية واللفظية بوجه أقوى منه وهو في حكم الطارئ على الأول[2].

---

(1) راجع تعريف أبو الحسين البصرى فى نهاية السول جـ٣ ص ١٤١، والابهاج جـ٣ ص ٢٠٢ وما بعدها، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٢

(2) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٢ وما بعدها.

وأجاب الصفي الهندي [1] على ما ذكره البيضاوي بقوله: فإن البراءة الأصلية ليست وجها من وجوه الاجتهاد، إذ هي معلومة أو مظنونة من غير اجتهاد، فلا حاجة إلى ما ذكره من التقييد[2].

يقول الآمدي بعد ذكره التعريف السابق : وهذا الحد وإن كان أقرب مما تقدم لكونه جامعا مانعا، غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه، من نص، أو إجماع، أو غيره، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به، وإن نوزع في تلقيبه بالاستحسان، فحاصل النزاع راجع فيه إلى الاطلاقات اللفظية، ولا حاصل له[3] أ هـ.

والاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلا للنزاع كذلك،لأن حاصله أن المجتهد يترك العمل بالدليل الخاص لوجود دليل طارئ عليه أقوى منه، وليس ذلك مما ينازع فيه أحد، لأن العمل بالراجح مجمع عليه.

هذا ومن الصراحة أن أقول : إنني بعد هذه الجولة في ذكر أهم تعاريف الاستحسان، أجدني مضطرا إلى القول بما قاله أكثر الأصوليين. من أنه في الحقيقة لا يتحقق معنى للاستحسان يصلح أن يكون محلا للنزاع هنا – ولا يعدو أن يكون خلافا لفظيا يرجع إلى

---

(1) هو محمد بن عبد الرحيم الملقب بصفي الدين الهندي الفقيه الشافعي الأصولي ولد بالهند سنة ٦٤٤هـ، ورحل إلى دمشق، كان فقيها أصوليا متكلما أديبا، من تصانيفه الزبدة في الكلام، والفائق في الأصول، توفي بدمشق سنة ٧١٥ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص٣٦، الفتح المبين جـ٢ ص١١٥، البداية والنهاية جـ١٤ ص٧٤.

(2) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٢

(3) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣

التسمية فقط ، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها مردود اتفاقاً ، وبعضها متردد بين القبول والرد يقول الشوكاني[1]: " إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل، ولا أحد يقول به، وإن كان تفسير الاستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فهذا مما لا ينكره أحد أ هـ.

وقال جماعة من المحققين : " الحق أنه لا يتحقق استحسانٌ مختلف فيه، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها متردد بين ما هو مقبول اتفاقا، وما هو مردود اتفاقا، وجعلوا من صور الاتفاق على القبول قول من قال : إن الاستحسان العدول عن القياس إلى قياس أقوى ، وقول من قال: إنه تخصيص قياس بأقوى منه، وجعلوا من التردد بين القبول والرد . قول من قال : إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه، لأنه إن كان معنى قوله ينقدح أنه يتحقق ثبوته، والعمل به واجب عليه فهو مقبول اتفاقا ، وإن كان بمعنى أنه شاك، فهو مردود اتفاقاً ، إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال والشك وجعلوا من التردد أيضا قول من قال: إنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس فقالوا: إن كانت العادة هى الثابتة من زمن النبي ﷺ فقد ثبت بالسنة ، وإن كانت هي

---

(1) هو محمد بن علي بن محمد عبد الله الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء- من مؤلفاته- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، وإرشاد الفحول في الأصول وغيرها توفي سنة ١٢٥٠هـ (راجع الأعلام جـ٦ ص ٢٩٨).

الثابتة في عصر الصحابة من غير إنكار فقد ثبت بالإجماع، وأما غيرها فإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجيته، فقد ثبت ذلك به، وإن كان شيئاً آخر لم تثبت حجيته فهو مردود قطعاً[1].

وفي هذا المعنى يقول ابن السمعاني[2] : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل، فهو باطل، ولا يقول به أحد، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه، فهذا مما لا ينكره أحد. أ هـ.

وما أسندوه إلى أبى حنيفة من أن الاستحسان حجة عنده، فإنما هو القياس الخفي في مقابل القياس الجلي وليس القول في الدين بالهوى والتشهي[3].

وقال الزركشي[4]: واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة[5]. أ هـ.

---

(1) راجع إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

(2) هو الحافظ أبو سعد السمعاني تاج الإسلام عبد الكريم بن محمد بن منصور المروزي الشافعي – محدث المشرق وصاحب التصانيف والفوائد الغزيرة والرحلة الواسعة توفي سنة ٥٦٢ هـ (راجع شذرات الذهب ص ٢٠٣ العبر جـ٣ ص ٣٨، البداية جـ١٣ ص ٢٥)

(3) راجع نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٨، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٣

(4) هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي ولد في سنة ٧٤٥هـ من تصانيفه تكملة شرح المنهاج للإسنوي، البحر المحيط في الأصول، وشرح جمع الجوامع لابن السبكي وغيرها توفي سنة ٧٩٤ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص ٣٣٤)

(5) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٧

وقال البزدوي – دافعا عن الإمام أبي حنيفة هذه التهمة : " وأبو حنيفة– رحمه الله تعالى – أجل قدرا ، وأشد ورعا من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنه من دليل قام عليه شرعا[1]. أ هـ

وقال العضد[2]:"والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه[3].أهـ.

وقال الإسنوي[4]:وقد تلخص من هذه المسألة أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي :أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه[5].أهـ.

وقال المحلي[6] بعد ذكره التعاريف والجواب عنها . فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلا للنزاع[7].أهـ.

ثم نبه ابن السمعاني على أن الخلاف بيننا وبينهم لفظي، فإن تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به. والذي يقولون به إنه العدول في الحكم من دليل إلى دليل أقوى منه. فهذا مما لم ينكره أحد

---

(1) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٣ وما بعدها.

(2) هو عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار بن أحمد الإيجي الملقب بعضد الدين العلامة الشافعي الأصولي المتكلم الأديب، من تصانيفه رسالة في علم الوضع وشرح مختصر ابن الحاجب في الأصول ، والمواقف في أصول الدين توفي سنة ٧٥٦ هـ (راجع طبقات الشافعية لابن السبكي جـ٨ ، ١٠، الأعلام جـ٢ص ٤٨٤،الفتح المبين جـ٢ ص ١٦٦).

(3) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨

(4) هو الإمام عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن إبراهيم الأموي الشيخ جمال الدين أبو محمد الإسنوي نسبه إلى إسنا وهي مدينة بأقصى الصعيد بمصر من مصنفاته التمهيد في الأصول، ونهاية السول، وغيرهما توفي سنة ٧٧٢ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص ٢٢٣، حسن المحاضرة جـ١ ص ٢٤٢)

(5) راجع نهاية السول جـ٣ ص ١٤١، مختصر ابن الحاجب جـ٢ص ٢٨٨، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣

(6) هو محمد بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد بن هاشم الجلال المحلي نسبة للمحلة الكبرى من الغربية ولد سنة ٧٩١هـ من مصنفاته البدر الطالع شرح جمع الجوامع، وشرح الورقات، مختصر التنبيه وغير ذلك كثير توفي سنة ٨٦٤ (راجع شذرات الذهب جـ٧ ص ٣٠٣، الفتح المبين جـ٣ ص ٤ الناشر محمد أمين دمج – بيروت – لبنان).

(7) راجع شرح المحلي على جمع الجوامع جـ٢ ص ٣٥٣ ط دار الكتب العلمية– بيروت – لبنان.

لكن هذا الاسم لا نعرفه اسما لما يقال به بمثل هذا الدليل. وقريب منه قول القفال[1]: إن كان المراد بالاستحسان ما دل عليه الأصول لمعانيها فهو حسن، لقيام الحجة له وتحسين الدلائل، فهذا لا ننكره ونقول به. وإن كان ما يقبح في الوهم من استقباح الشئ واستحسانه بحجة دلت عليه من أصل ونظير، فهو محظور والقول به غير سائغ[2].

وبعد أن ذكرنا أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، إلا أن سبب خلاف العلماء في تعريف الاستحسان يرجع إلى أن العلماء الذين قالوا به لم يذكروا تعريفا له مضبوطا في الفترة الأولى التى استعملوا فيها لفظ الاستحسان كاصطلاح ، حيث كان الكثير من الاصطلاحات لم تدون وتحدد بشكلها ومعناها الذي استقرت عليه أخيرا فى عهد المتأخرين من العلماء ومن تلاميذهم ومن بعدهم الذين بينوا معناه وضبطوه حتى اتضحت حقيقته لمن انتقده وأنكره، وذلك بعد النظر في مناحي أئمتهم والفروع المخرجة على الاستحسان.

أما بعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصا كان، أو إجماعا أو قياسا خفيا إذا وقع في مقابلة القواعد القياسية فهو حجة من غير تصور خلاف.

---

(1) هو محمد بن على بن إسماعيل الشاشى القفال أبو بكر الشافعي عالم في الفقه والحديث واللغة والأدب ولد سنة ٢٩١هـ في الشاس وراء نهر سيحون له مصنفات عديدة في الفقه وأصوله توفي سنة ٣٦٥ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٣ ص ٥١، الفوائد البهية ص ١٠٣)

(2) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٩، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٨ .

كما أن من العلماء من نظر إلى الاستحسان بمعناه اللغوي ، وهـو من أثبت حكما مستحسنا من عنده بغير دليل من الشرع مقبول، ذلك لأنـه يعد تركا للأدلة لمجرد الرأي والهوى ، وقد سبق أن قلنـا: إن الإجمـاع انعقد على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في الدين بالهوى والتشهي من غير دليل من أدلة الشرع.

التعريف الراجح

بعد أن ذكرنا تعاريف الاستحسان عند القائلين به وقلنا بأنه لا يصلح أحدها أن يكون محلا للنزاع. إلا أننا نرجح تعريف الكرخي من الحنفية القائل : بأن الاستحسان هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

لأن هذا التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان، لأنه يشمل كل أنواعه ، وبين أساسه ولبه، إذ أساسه أن يجئ الحكم مخالفا لقاعدة مطردة ، لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمساك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالا في المسألة من القياس، ويصور أن الاستحسان- كيفما كانت صوره وأقسامه، يكون في مسألة جزئية – ولو نسبيا – في مقابل قاعدة كلية- فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية ، لكيلا يؤدى الإغراق في القاعدة إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه.

ويؤيد ما ذهبنا إليه الإمام الغزالى . حيث قال : والصحيح في ضبط الاستحسان ما ذكره الكرخي[1]. أهـ.

---

(1) راجع المحول ص ٤٧٧، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٥.

وذكر الزركشي نقلا عن إلكيا الهراسي[1] : أن ما ذكره الكرخي في تعريفه للاستحسان أحسن ما قيل في تفسيره[2]. أهـ.

وقال الدكتور / محمد مصطفى شلبي . ولو اعترفوا بما فسره به الكرخي الذي أدرك حقيقة الاستحسان من أنه إخراج الحادثة عن حكم أمثالها إلى حكم آخر لمقتض ، لكان إلى الصواب أقرب، ولو أنهم فعلوا ذلك لما بعدوا عن الحقيقة ، وما كان عليهم بعد ذلك إلا بيان ذلك المقتضى، وتفصيل أنواعه، ثم لا يضيرهم أن قيل عنه: إنه شامل للتخصيص، وليكن التخصيص استحسانا، وهل مثل هذا يترك به الواقع[3] ؟ . أهـ.

(1) هو علي بن محمد بن الطبري أبو الحسن الفقيه الشافعي المفسر- الأصولي ولد في ذي القعدة سنة ٤٥٠هـ - كان بارعا، حسن الوجه، جهوري الصوت، حلو الكلام، فحلا من فحول العلماء، من مصنفاته شفاة المسترشدين ، وأحكام القرآن الكريم توفي سنة ٥٠٤ هـ (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ٦، شذرات الذهب جـ٤ص ٨، العبر جـ٢ ص ٣٨٦).

(2) راجع البحر المحيط جـ ٨ ص ١٠٠، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٩.

(3) راجع تعليل الأحكام للدكتور/ محمد مصطفي شلبي ص ٣٦٠ط الأزهر.

المبحث الثاني

في

حجية الاستحسان

تمهيد :

على الرغم مما ذكرناه من أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلا للنزاع إلا أننا وجدنا كتب أصول الفقه – قد دأبت على الكتابة في هذا الموضوع، وصورته على أنه قد حدث فيه خلاف كبير بين الأئمة فمنهم قائل بحجيته وأنه تسعه أعشار العلم، إلى آخر منكر له وأن من استحسن فقد شرع . وجريا على ماذهب إليه هؤلاء. أذكر مذاهب العلماء في حجية الاستحسان لنكون على بصيرة وعلم بما كانوا عليه .

فقد اختلفت مذاهب العلماء في حجية الاستحسان على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة[1]، وهم يرون أن الاستحسان يعتبر حجة ، وأنه دليل شرعي تثبت به الأحكام[2].

المذهب الثاني:

وعليه : الظاهرية والمعتزلة ، والشيعة ، ونسب إلى الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى – حتى نقلوا عنه قوله " من استحسن فقد شرع " يريد بذلك أن من أثبت حكماً بالاستحسان فقد وضع شرعاً من قبل نفسه لأنه لم يأخذه من أدلة الشرع –وليس له ذلك لأنه كفر والعياذ بالله أو كبيرة .

وأصحاب هذا المذهب يرون أن الاستحسان لا يعتبر حجة كما أنه ليس بدليل شرعي وإنما هو قول في الدين بالهوى والتشهي في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي[3].

---

(١) استبعد القرطبي نقل هذا المذهب عن المالكية. فقال: ليس معروفاً عنهم، ونفاه الجلال المحلي عن الحنابلة: وأقول لهما ليس هناك وجه للاستبعاد والنفي مع الذي قدمناه عند تعريف الاستحسان عند المالكية والحنابلة، وأخذهما بالاستحسان في الأحكام الشرعية وضربنا على ذلك الأمثلة (راجع حاشية البناني على شرح المحلي جـ٢ ص٣٥٢).

(٢) راجع هذا المذهب في كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ص ١٣، التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ص ٢٨٨، هامش الموافقات جـ٤ ص ٢٠٥وما بعدها، الاعتصام جـ٢ ص ١٣٧ وما بعدها، روضة الناظر جـ١ ص ٤٠٩ ، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٠٩، المستصفى جـ١ ص ٢٧٤ ، نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩، مناهج العقول جـ٣ ص ١٣٨ ، حاشية البناني جـ٢ ص ٣٥٢.

(٣) راجع المراجع السابقة، الإحكام لابن حزم جـ٥ ص ٧٥٧ وما بعدها ط العاصمة لصاحبها حسين حجازي.

المذهب الثالث:

وعليه جماعة من العلماء وهم يرون أن الاستحسان دليل شرعي غير مستقل فهو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، لأن مآله عند التحقيق العمل بقياس ترجح على قياس آخر، أو ترجيح نص ، أو إجماع، أو ضرورة ، أو مصلحة على قياس[1].

الأدلــة

١- **أدلة المذهب الأول:** استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الاستحسان حجة ودليل شرعي تثبت به الأحكام بالكتاب، والسنة، والإجماع والمعقول هاك بيانها:

أولا : أدلتهم من الكتاب : استدلوا من الكتاب بما يلي :

أ - قوله تعالى : ﴿ **فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب**[2]

وجه الدلالة من الآية :

في هذه الآية الكريمة بشر الله تعالى عباده المؤمنين الذين يستمعون ويتبعون أحسن الأقوال، كما أن الآية ذُكرت في معرض الثناء والمدح على المتبعين لأحسن الأقوال.

---

(١) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ ط دار سعادت عثماني ، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٥ الناشر - مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٤

(٢) سورة الزمر جزء من الآية ١٧،الآية : ١٨

وفي هذا يقول السرخسي: والقرآن كله حسن ثم أمر باتباع ما أحسن [١]. أهـ.

وبهذا يكون الاستحسان أمراً مأموراً به فيكون حجة، لأن المدح إن كان وارداً مع العقاب على ترك الفعل فإنه يكون واجباً، وإن كان مع عدم العقاب على الترك كان مندوباً. إلا أن جانب الوجوب يقوى بالآية التي سأذكرها بعد قليل . فيكون العمل بالاستحسان واجباً[٢].

يقول الآمدي في رد الاستدلال بهذه الآية بعد ذكرها والجواب عن الآية : أنه لا دلالة له على وجوب اتباع أحسن القول، وهو محل النزاع[٣]. أهـ.

ويمكن أن يجاب على قول الآمدي بأن الآية تدل على هذا المعنى وتدل أيضاً على حجية الاستحسان فهي تشمل المعنيين ، وهذا لا مانع منه.

ويقول ابن حزم[٤] في رد الاستدلال بهذه الآية : وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم، لأن الله تعالى لم يقل : فيتبعون ما استحسنوا، وإنما قال :

---

(١) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

(٢) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، المستصفي جـ١ ص ٢٧٦، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور/عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٤٨

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤

(٤) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أصل جده من فارس، وهو عالم الأندلس في عصره، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ له مصنفات منها الفصل في الملل والنحل، والمحلى في الفقه ، وجمهور الأنساب توفي سنة ٤٥٦هـ (راجع البداية جـ١٢ ص ٩١ وما بعدها، الأعلام جـ٤ ص ٢٥٤ وما بعدها).

﴿ **فيتبعون أحسنه** ﴾ وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله ﷺ هذا هو الإجماع المتيقن من كل مسلم ، ومن قال غير هذا فليس مسلماً وهو الذي بينه الله تعالى بقوله: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا**[1] ﴾.ولم يقل تعالى فردوه إلى ما تستحسنون .

ومن المحال أن يكون فيما استحسنا دون برهان ، لأنه لو كان ذلك لكان الله تعالى يكلفنا ما لا نطيق، ولبطلت الحقائق، ولتضادت الدلائل ، وتعارضت البراهين ، ولكان تعالى يأمرنا بالاختلاف الذي نهانا عنه، وهذا محال لأنه لا يجوز أصلا أن يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد. على اختلاف هممهم وطبائعهم وأغراضهم ، فطائفة طبعها الشدة ، وطائفة طبعها اللين ، وطائفة طبعها التصميم، وطائفة طبعها الاحتياط، ولا سبيل إلى الاتفاق على استحسان شئ واحد من هذه الدواعي والخواطر المهيجة ، واختلافها واختلاف نتائجها، وموجباتها ونحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما استحسنه المالكيون، ونجد المالكين قد استحسنوا قولا قد استقبحه الحنفيون ، فبطل أن يكون الحق في دين الله مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما يكون هذا – وأعوذ بالله – ولو كان الدين ناقصا ، فأما وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله منصوص عليه، أو مجمع عليه فلا معنى لمن استحسن شيئاً منه أو من غيره، ولا لمن استقبح أيضا شيئا منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبحه الناس،

---

(١) سورة النساء الآية ٥٩.

والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى والضلال ، وبالله تعالى نعوذ به من الخذلان .

ثم قال فإن قال قائل قد ظهر الفتيا بالرأي في الصحابة فقد أجمعوا على الرضا به.

قيل له وبالله تعالى التوفيق : ليس كما تقول بل لو قال قائل : إنهم رضى الله عنهم أجمعوا على ذمه لكان مصيباً، لأن الذين روى عنهم الفتيا منهم رضى الله عنهم مائة ونيف وثلاثون. ولا يحفظ الكثير منهم من الفتيا إلا عن عشرين منهم. ثم لا يحفظ عن أحد من هؤلاء المذكورين تصويب القول بالرأي ، ولا أنه دين ولا أنه لازم بل أكثرهم قد روى عنه ما أخبر به من الرأي ، وعلى أي وجه أفتى به من أنه غير لازم: ثم نعكس عليهم السؤال فنسألهم أعصم أحد من الخطأ بعد رسول الله ؟ فمن قولهم وقول جميع المسلمين أنه لم يعصم أحد من الخطأ بعد النبي ﷺ . وأن كل من دونه يخطئ ويصيب . فإذا كان الأمر كذلك أيسوغ لأحد أن يقول: إنهم قد أجمعوا على الخطأ ، وأراد تصحيح الخطأ بذلك، وهذا ما لا يقول به أحد ، وإنما يكون الإجماع صحيحا إذا أجمعوا على صحة القول بشئ ما، ولم يصح قط عن أحد منهم القول بالرأي . وأيضا فإنه ليس منهم أحد أفتى برأيه في مسألة إلا وقد أفتى غيره فيها بنص رواه أو موافق لنص، فإذا كان الأمر كذلك فإن الواجب عرض تلك الأقوال على القرآن والسنة فالقرآن والسنة يشهدان بصحة قول من وافق قوله النص، لا من قال برأيه وبالله تعالى نتأيد[1].

(١) راجع الأحكام لابن حزم جـ ٨ ص ٧٥٨ وما بعدها.

ويجاب على ذلك: بأن الاستحسان يوافق القرآن والسنة ، لأنه عدول عن القياس العام ، وحكم القاعدة إلى نص من كلام الله ﷻ أو الرسول ﷺ ، أو إلى إجماع أو قياس ، والعمل بالإجماع والقياس عمل بالقرآن والسنة، لأن حجتيهما ثبتت بالقرآن والسنة، أو العدول إلى مصلحة شهدت لجنسها النص بالصحة فالعمل بها عمل بتلك النصوص.

ويقول الغزالى في رد الاستدلال بالآية السابقة : أنه يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العامي والطفل والمعتوه لعموم اللفظ[1]. أهـ.

ويجاب عن ذلك: بأن المراد استحسان من هو من أهل النظر والاجتهاد وهم الأئمة المجتهدون فخرج من هم سواهم.

ويقول الزركشى فى رد الاستدلال بهذه الآية ، وأجاب أصحابنا عن الآية بأنها تتضمن الأخذ بالأحسن دون المستحسن ، وهو ما جاء به الكتاب والسنة لا غيرهما[2].أهـ.

ويجاب عن ذلك: بأن الاستحسان مشتق من الحسن، والأحسن[3]، وكلاهما بمعنى واحد فدلت الآية على حجية الاستحسان .

ب- واستدلوا أيضا بقوله تعالى﴿ **واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم من قبل أن يأتيكم العذاب بغتة وأنتم لا تشعرون**﴾ [4].

وجه الدلالة : أن الآية تمدح الذين يتبعون أحسن القول ، وأحسن أفعل تفضيل يقابله الحسن وهو المتروك باتباع الأحسن ، وهذا يعنى ترك

(١) راجع المستصفي جـ١ ص ٢٧٧

(٢) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٥

(٣) راجع المصباح المنير جـ١ ص ١٣٦، لسان العرب جـ٢ ص٨٧٩

(٤) سورة الزمر الآية ٥٥

بعض واتباع بعض آخر لكونه أحسناً فهو الاستحسان ثم إن الآيـــة فيـــها أمر بالوجوب فيكون المأمور به واجباً ، ولا معنى لحجية الاستحســان إلا هذا(١).

يقول الآمدي بعد ذكره هذه الآية: إن الله تعالى أمر باتباع أحســن ما أنزل ولو لا أنه حجة لما كان كذلك(٢).أهـــ.

ويقول ابن الحاجب فى الاستدلال بهذه الآية : والأمـــر للوجــوب فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحســـن، وهـــو معنـــى الاستحسان(٣). أهـــ.

يقول الغزالي معترضاً على وجه الدلالة بالآية السابقة: إن إتبـــاع أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأدلة فبينوا أن هذا مما أنزل إلينـــا فضـــلا عن أن يكون من أحسنه وهو قوله تعالى: ﴿ **واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم**(٤)﴾ ثم نقول ونحن نستحسن إبطال الاستحسان ، وإلا يكون لنـــا شرع سوى المصدق بالمعجزة فليكن هذا حجة عليهم(٥).أهـــ.

يجاب على ذلك:

أن الاستحسان عمل بدليل منزل لأن مرده إلى الأدلة الشرعية.

---

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول البزدوى جـــ٤ ص ١٣، شرح اللمع جـــ٢ ص ٩٧٢ جـــــ١ – موسسة جواد- بيـــروت لبنان، روضة الناظر جـــ١ ص ٤٠٩، الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٤، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـــ٢ ص ٢٨٩

(٢) راجع الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٤

(٣) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـــ٢ ص ٢٨٩

(٤) سورة الزمر من الآية ٥٥

(٥) راجع المستصفي جـــ١ ص ٢٧٦ وما بعدها، وأورد الآمدي نفس الاعتراض(الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٥)

ويقول الشيرازي[1] معترضا على وجه الدلالة بالآيـــة الســابقة أيضا: وهذا أمر باتباع ما أنزل وكلامنا في ما يستحسنه الإنسان من تلقاء نفسه من غير دليل ، فلا حجة لكم في الآية [2]. أهـــ.

يجاب عن ذلك:

بما أجيب به عن الاعتراض السابق كما أن قول الشيرازي هـــذا مبني على أن الاستحسان قول قي الدين بالهوى والتشهي من غير دليـــل، وهذا مردود وباطل لاتفاق الأمة قبل ظهور المخـــالفين – علـــى أنـــه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه من غـير دليل شرعي – يستوي في ذلك المجتهد والعامي.

جـــ واستدلوا أيضا بقوله تعالى:﴿ **وكتبنا له في الألواح من كـــل شـــئ موعظة وتفصيلا لكل شئ فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسـنها سأوريكم دار الفاسقين**﴾ [3].

وجه الدلالة:

فقد أوضحت الآية الكريمة أن قوم موسى كانوا مـــأمورين بـــأن يأخذوا بالأحسن ، وهم مأمورون بالعمل به مع وجود الحسن في التوراة، ونحن كذلك مأمورون به، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناســـخ،

---

(١) هو إبراهيم بن على بن يوسف بن عبد الله الفقيه الشافعي الأصولي المؤرخ الأديب الملقب بجمال الدين، المكنى بأبي إسحاق، ولد بفيروز أباد بلدة قرية من شيراز وكان أنظر أهل زمانه وأفصحهم وأكثرهم تواضعاً توفي ســنة ٤٧٦ هـــ (راجع العبر جـــ١ ٣٣٤، شذرات الذهب جـــ٣ ص ٣٤٩).

(٢) راجع شرح اللمع جـــ٢ ص ٩٧٢

(٣) سورة الأعراف الآية ١٤٥

وقد صار الأحسن في شرعنا. لما سبق من الآيات، وحينئذ يكون الاستحسان حجة[١].

د - واستدلوا أيضا بقوله تعالى:**﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾** [٢].

وجه الدلالة: أن الآية تدل على أن الله تعالى يريد اليسر والسهولة لعباده، ولا يريد بهم العسر ، وفي الأخذ بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدين[٣].

ثانيا: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بقوله ﷺ " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ".

وجه الدلالة:

دل هذا الحديث على أن ما رآه المسلمون في عادتهم ونظر عقولهم مستحسنا فهو حق في الواقع ، ولولا أنه حق ما كان حسناً عند الله تعالى ، فالاستحسان حجة لأنه حسن عند الله تعالى، وقالوا لو لم يكن ما يراه المسلمون ومنه الاستحسان حسناً، لما كان عند الله حسناً[٤].

---

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار للبخارى جـ٤ ص ١٣،نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٤٨

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٥

(٣) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

(٤) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ ص ١٣ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤، المستصفى جـ١ ص ٢٧٨، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٩٨ .

يقول الآمدي بعد ذكر هذا الحديث : ولولا أنه حجة لما كان عند الله حسناً[1]. أهـ.

ويقول البخاري[2] في كشف الأسرار بعد ذكره هذا الدليل : سناً، فأما وأقواها يعنى في الدلالة على المقصود، إذ المراد بيان حسن ما دل عليه الدليل، وهذا اللفظ يدل عليه بوضعه. إذ الاستحسان وجدان الشئ وعده حالا ستحباب فيدل بوضعه المقصود على ميلان الطبع إلى الشئ والمحبة له، وذلك لا يدل على الحسن الذي هو لا محالة، فإن الطبع قد يميل إلى ما هو قبيح في الشرع والعقل .كالزنا الخمر. ألا ترى أنه استعمل هذا اللفظ في مقام الذم كما في قوله تعالى: ﴿ **الذين يستحبون الحياة الدنيا على الآخرة**﴾[3]. وقوله تعالى وشرب:﴿ **ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة**﴾[4]. فعرفنا أن الاستحسان أفصح وأقوى من الاستحباب[5]. أهـ.

يقول ابن الحاجب معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: المسلمون صيغة عموم فالمعنى ما رآه جميع المسلمون حسناً . فيتناول إجماع أهل الحل والعقد لاما رآه كل واحد حسناً ، وإلا لزم حسن ما رآه

---

(١) راجع الإحكام للأمدى جـ٤ ص ٢١٤

(٢) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد ويلقب بعلاء الدين البخاري. من تصانيفه شرح أصول البزدوي سماه كشف الأسرار، غاية التحقيق على أصول الأخسيكثي. توفي سنة ٧٣٠هـ (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ١٣٦، الفوائد البهية ص ٩٤)

(٣) سورة إبراهيم من الآية ٣

(٤) سورة النحل من الآية ١٠٧

(٥) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣ وما بعدها.

آحاد العوام حسناً ، وما أجمع عليه فهو حسن عند الله .لأن الإجماع لا يكون إلا على دليل[1]. أهـ.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث وإن كان يدل بلفظه على حجية الإجماع، فهو يدل أيضا بمعناه على حجية الاستحسان.

ويقول ابن حزم معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: واحتجوا في الاستحسان بقول يجري على ألسنتهم وهو " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " وهذا لانعلمه يستند إلى رسول الله ﷺ من وجه أصلا، وأما الذي لاشك فيه فإنه لا يوجد ألبتة في مسند صحيح، وإنما نعرفه من كلام ابن مسعود[2] . ثم قال : " ولو أتى من وجه صحيح لما كان لهم فيه متعلق، لأنه إنما يكون إثبات إجماع المسلمين فقط لأنه لم يقل ما رآه بعض المسلمين حسنا فهو حسن، وإنما فيه ما رآه المسلمون " فهذا هو الإجماع الذي لا يجوز خلافه لو تيقن. وليس ما رآه بعض المسلمين بأولى بالاتباع مما رآه غيرهم من المسلمين، ولو كان ذلك لكنا مأمورين بالشئ وضده، وبفعل شئ وتركه معاً، وهذا محال لا سبيل إليه ثم يقال: لهم ما معنى قولكم : الاستحسان في هذه المسألة وجه كذا. فجوابهم في ذلك أحد جوابين :

---

(1) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٩

(2) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهزلى من أكابر الصحابة، كان سادس من أسلم ، وأول من جهر بالقرآن بمكة، له في الصحيحين ثمانية وأربعون وثمانمائة حديثاً ، وكان فقيه راى توفي بالمدينة سنة ٣٢هـ (راجع الفتح المبين جـ١ ص ٦٩، شذرات الذهب جـ١ ص ٣٨).

أحدهما: ما كانوا عليه فيما قارب عصر أبى حنيفة ومالك وهو الذي يرونه أحوط وأخف أو أقرب من العادة المعهودة، أو أبعد من الشناعة، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم، وهذا باطل بقوله تعالى: ﴿ **ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هى المأوى** ﴾ (١).وبقوله تعالى: **إن النفس لأمارة بالسوء**(٢)﴾ وبقوله تعالى: ﴿ **بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم** ﴾ (٣)وقال تعالى : ﴿ **ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله** ﴾ (٤). وفى هذه الآي إبطال أن يتبع أحد ما استحسن بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم، ورازقهم، وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كله اتباع ما أمر الله تعالى به ، والشناعة كلها مخالفته ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون فاسدة لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحاه، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ .

وجواب لهم ثان أجاب به الكرخى وهو قوله : هو أدق القياسين .

قال ابن حزم : وهذا القول يبطله كل ما نورده إن شاء الله فى باب القياس.

ويقال لهم : إن كان ههنا قياس يوجب ترك قياس آخر ويضاده، ويبطله فقد صح بطلان دلالة القياس بإقراركم ، وصح بالبرهان

---

(١) جزء من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات .

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠

الضروري إبطال القياس كلــه جملة بهذا العمل، لأن الحق لا يتضـــاد، ولا يبطل بعضه بعضاً، ولا يضاد برهان برهاناً أبداً، لأن معنى المضــاد أن يبطل أحد المعنيين الآخر، والشئ إذا أبطله الحق فقد بطل، والبــاطل لا يكون حقاً في حال كونه باطلاً. وإذا بطل بعض الشئ بعضا فوجب أن يكون كله باطلاً. لما قلنا من أن الحق لا يبطل بعضه بعضاً. فإذا شـــهد بعض القياس عندكم بإبطال بعض قياس آخر. فنوع القياس كله متفاسـد ، مبطل بعضه بعضاً فهو كله باطل.

فإن قالوا : إن الحديث بنقض بعضه بعضاً، وكذلــك الآي علــى سبيل النسخ، وكذلك النظر ، وليس دليلاً على بطـــلان جميــع القــرآن والحديث والنظر.

فنقول لهم : هذا تمويه شديد، ولا يجوز أن تبطل آية آية أخــرى، ولا حديث حديثاً آخر إلا من طريق النســخ، أو يكــون أحــد الحديثيــن ضعيف النقل، فليس داخلا حينئذ فيما أمرنا بطاعته، وكذلك النظـــر لأن النظر الصحيح إنما هو البرهان، وإنما تأتى أغاليط وشبه يظن قوم أنـــها برهان، وليست برهاناً فليس هذا داخلا فى النظر، وليس مـــا قلتـم فـــي القياسين من هذا الباب في شئ لأن القياس ليس فيه ناسخ ولا منســـوخ، ولا قلتم أن أحد القياسين مموه ليس قياساً بل قلتـم: همـــا معـــا قيـــاس، فاستحسنا أدقهما، فتركتم أحد القياسين ، وأبطلتموه، وأنتم تقـــرون أنـــه قياس، وإذا كان بعض النوع باطلا فهو كله باطل، ولا يجوز أن يجمـــع الحق والباطل نوع واحد أبداً.

ثم يقول : ونحن نقول لمن قال بالاستحسان : ما الفرق بين ما استحسنت أنت، واستقبحه غيرك، وبين ما استحسنه غيرك واستقبحته أنت، وما الذي جعل أحد السبيلين أولى بالحق من الآخر، وهذا ما لا انفكاك منه وبالله التوفيق[1] أهـ .

يجاب عن هذا الاعتراض:

عند ذكر أدلة ابن حزم حيث إنه سيذكر هذا الاعتراض كدليل من الأدلة على عدم حجية الاستحسان ونفيه له كنفيه للقياس.

ويقول الإمام الغزالى معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث. ولا حجة فيه من أوجه:

الأول: إن هذا الحديث خبر واحد لا تثبت به الأصول.

الثاني: إن المراد مارآه جميع المسلمين لأنه لا يخلو أن يريد به جميع المسلمين أو آحادهم . فإن أراد الجميع فهو صحيح إذ الأمة لا تجتمع على حسن شئ إلا عن دليل، والإجماع حجة وهو مراد الخبر ، وإن أراد الآحاد لزم استحسان العوام. فإن فرق بأنهم ليسوا أهلا للنظر قلنا : إذا كان لا ينظر في الأدلة فأي فائدة لأهلية النظر.

الثالث: إن الصحابة أجمعوا على استحسان منع الحكم بغير دليل ولا حجة ، لأنهم مع كثرة وقائعهم تمسكوا بالظواهر والأشباه ، وما قال واحد حكمت بكذا وكذا لأنى استحسنه، ولو قال ذلك لشددوا

---

(١) راجع الإحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٩ وما بعدها

الإنكار عليه، وقال من أنت حتى يكون استحسانك شرعاً. وتكون شارعاً لنا ؟.

وما قال معاذ[1] حين بعثه إلى اليمن إني أستحسن، بل ذكر الكتاب والسنة والاجتهاد[2] فقط [3]. أهـ.

أجيب عن ذلك بما يلي:

١- أما كون هذا الخبر خبر آحاد فإن خبر الآحاد تثبت به المسائل العملية عند جمهور العلماء . كما تثبت به حجية مصادر الاستنباط الشرعية.

والإمام الغزالى لا يعمل بخبر الواحد، مع أن خبر الواحد يجب العمل به وإلا لضاع كثير من الأحكام.

٢- أما كون الحديث يدل على حجية الإجماع، فهو أيضا يدل بمعناه على حجية الاستحسان ثم إن المراد بالمسلمين في الحديث هم أهل الحل والعقد ولا يدخل فيهم الصبيان والعوام.

---

(١) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس أبو عبد الرحمن الأنصارى الخزرجي أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وآخى النبى صلى الله عليه وسلم بينه وبين جعفر بن أبي طالب توفي سنة ١٧ هـ (راجع العبر جـ١ ص ١٧، تذكرة الحفاظ جـ١ ص ١٩).

(٢) وحديث معاذ هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً فقال له كيف تقضى ؟ قال أقضى بما في كتاب الله قال : فإن لم يكن في كتاب الله قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله قال : أجتهد رأيي قال: الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يحب الله ورسوله (راجع عارضة الأحوزي جـ٦ ص ٦٩ باب حدثنا هناد ط دار الكتب العلمية- بيروت – لبنان- سنن أبي داود جـ٣ ص ٣٠٣ باب اجتهاد الرأى الناشر – دار إحياء السنة النبوية).

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٧٨ وما بعدها.

٣- إن الاستحسان ليس حكما بغير دليل بل هــــو راجــع إلـــى الأدلـــة الشرعية، أما إن معاذاً لم يقل : استحسن وقال اجتهد فإن الاستحســـان هو أيضا عدول عن قياس ظاهر إلى آخر خفي لما فيه من المصلحة ، والقياس اجتهاد فكأنه قال : بالاستحسان حين قال بالاجتهاد.

ويقول الشيرازي معترضاً علـــى الاســتدلال بـــالحديث الســـابق والجواب أن المراد بذلك ما أجمع المسلمون عليه من أهل الحل والعقـــد، وعندنا ما استحسنه أهل الإجماع فهو حسن عند الله ، ويجب العمل بــــه والمصير إليه[١]. أهـــ.

ويقول الآمدي أيضا فإن قوله: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عنــد الله حسن " [٢]. إشارة إلى إجماع المسلمين، والإجماع حجة، ولا يكــــون إلا عن دليل ، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسناً أنــــه حسن عند الله، وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسنا أن يكــون حسناً عند الله وهو ممتنع[٣]. أهـــ.

أجيب عن ذلك:

بما أجيب به على الاعتراض السابق فلا داعي لتكراره.

ثالثا : دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب بالإجماع فقالوا أجمعت الأمة علــــى دخول الحمام من غير تقدير أجرة ، وعوض الماء، وتقدير مدة الســـكون

---

(١) راجع شرح اللمع جـــ٢ ص ٩٧٢

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٥

واللبث فيه، وكذا شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب ، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن الناس تركه، مع أنا نقطع أن الإجارة المجهولة، أو مدة الاستئجار أو مقدار المشترى إذا جهل فهو ممنوع، وقد استحسنت إجارته مع مخالفة الدليل، فأولى أن يجوز إذا لم يخالف دليلا[1].

يقول الغزالى في رد هذا الاستدلال: والجواب من وجهين:

الأول: أنهم من أين عرفوا أن الأمة فعلت ذلك من غير حجة ودليل ولعل الدليل جريان ذلك في عصر الرسول ﷺ مع معرفته به، وتقريره عليه لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب، والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام، والمشقة سبب الرخصة.

الثاني: أن نقول: شرب الماء بتسليم السقاء مباح. وإذا أتلف ماءه فعليه ثمن المثل، إذ قرينة حاله تدل على طلب العوض فيما بذله في الغالب، وما يبذله في الغالب يكون ثمن المثل فيقبله السقاء. فإن منع فعليه مطالبته فليس في هذا إلا الاكتفاء في معرفة الإباحة بالمعاطاة والقرينة ، وترك المماكسة فى العوض ، وهذا مدلول عليه من الشرع ، وكذلك داخل الحمام مستبيح بالقرينة، ومتلف بشرط العوض بقرينة حال الحمامي ، ثم ما يبذله إن ارتضى به

---

(١) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٩، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥ التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، الاعتصام جـ٢ ص ١٣٧ ، شرح اللمع جـ٢ ص ٩٧٣، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤وما بعدها، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٥

الحمامي ، واكتفى به عوضاً أخذه، وإلا طالبه بالمزيد إن شاء.

فليس هذا أمراً مبدعاً ، ولكنه منقاس والقياس حجة[1].أهـ.

ويجاب على ذلك:

بأن الإجماع انعقد بعد وفاته ﷺ على إباحة هذه الأشياء، وإن كانت على خلاف القياس الذي يقضى بعدم جوازها، لكن قلنا: بجوازها استحساناً دفعا للحرج والمشقة فكان العدول هنا من القياس العام إلى الإجماع للمصلحة التي اقتضت العدول.

ويقول الآمدي معترضاً على هذا الاستدلال وعن الإجماع على الاستحسان ما ذكروه : لا نسلم أن استحسانهم هو الدليل على صحته بل الدليل مادل على استحسانهم له وهو جريان ذلك في زمن النبي ﷺ ، مع علمه به وتقريره لهم عليه أو غير ذلك[2]. أهـ.

أجيب عن ذلك:

بأن هذه الأمور وإن كانت ثابتة بالسنة من جهة تقريره ﷺ لهم عليه أو علمه به ولم ينكر عليهم . فإنها جاءت على خلاف القياس وعدلنا عن هذا القياس إلى السنة استحساناً وهذا ما يسمى بالاستحسان بالنص.

ويقول الزركشي معترضاً على هذا الاستدلال : وعن الإجماع بأن المصير إليه بالإجماع لا بالاستحسان[3].أهـ.

---

(١) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٧٩ وما بعدها، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤١١

(٢) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٥

(٣) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٥

أجيب عن ذلك:

سلمنا أن المصير في هذه الأمور بالإجماع لكنها شرعت خلاف القياس ، لأن القياس يقضى بعدم جوازها للجهالة فيها المفضية إلى المنازعة لكن عدلنا عن القياس إلى الإجماع بالاستحسان للمصلحة فكان إجماعاً مستحسناً.

رابعا : أدلتهم من المعقول:

استدل القائلون بأن الاستحسان حجة بالمعقول، وقد انحصرت في ثلاثة أمور :

الأول: أن الاستحسان ثبت بالأدلة المتفق عليها، فكان حجة ، لأنه إما أن يثبت بالأثر وإما بالإجماع، وإما بالضرورة، وإما بالقياس، وإما بالمصلحة ، وإما بالعرف .

الثاني: أنه ثبت من استقراء الوقائع وإحكائها ، أن إطراد القياس أو استمرار العموم، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس، لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات تجعل الحكم فيها بموجب القياس يجلب المفسدة، أو يفوت المصلحة ، فمن العدل والرحمة بالناس. أن يفتح الله للمجتهدين باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس، إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة، وهذا هو الاستحسان.

الثالث: أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية . أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس، أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلباً للمصلحة أو درءاً للمفسدة، فحرم الميتة والدم،

وأباحها للمضطر، وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه، واستثنى من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان. ورسول الله ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم[1]. وهو عدول عن عموم الحكم، أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي هذا العدول[2].

قال صدر الشريعة : أنا نعني به أى بالاستحسان- دليلا من الأدلة المتفق عليها يقع في مقابلة القياس الجلى[3].أهـ

وقال صاحب التلويح[4]: إن القائلين بالاستحسان يريدون به ما هو أحد الأدلة الأربعة[5].أهـ

٣- أدلة المذهب الثاني: المنكرين لحجية الاستحسان

بعد أن ذكرنا أدلة المثبتين للاستحسان وحجيته، والاعتراضات الواردة عليها، فإننا نذكر أدلة المنكرين للاستحسان وأبدأ بأدلة الشافعية ثم بأدلة الظاهرية ومن معهم.

---

(١) سيأتي هذا الحديث بعد قليل في أنواع الاستحسان .

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥،كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها ، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الهداية وشروحها جـ٧ ص ٧١

(٣) راجع التوضيح جـ٢ ص ١٦٣

(٤) هو سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني من أئمة العربية والبيان والمنطق، ولد سنة ٧١٢هـ من كتبه تهذيب المنطق، والمطول، ومقاصد الطالبين ،وحاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، والتلويح إلى كشف غوامض التنقيح (راجع الأعلام جـ٧ ص ٢١٩

(٥) التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢

أولا: أدلة الشافعية:

أبطل الإمام الشافعي الاستحسان حتى أنه عقد لذلك فصلا قائما بذاته فى كتاب الأم بعنوان إبطال الاستحسان، ولنسق أدلة الإبطال التى ساقها ، ومنها تعرف على أي أنواع الاستحسان ينطبق، وهى تتلخص في أدلة ساقها في مواضع منثورة من الرسالة، وكتاب إبطال الاستحسان يمكن تلخيصها فيما يلى:

١- إن الله سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان سدى، بل أمره ونهاه، وبين له ما أمره به وما نهاه عنه في كتابه ، وعلى لسان نبيه ﷺ نصاً، أو حملاً على نص بالقياس وما الاستحسان ؟ أهو منهما أم من غيرهما ؟ فإن كان منهما فلا حاجة إلى ذكره، وإن كان خارجاً عنهما فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم، وذلك يناقض قوله تعالى: ﴿ أيحسب الإنسان أن يترك سدى فالاستحسان الذي لا يكون قياساً ولا إعمالا لنص يناقض تلك الآية الكريمة وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي فى الأم : فإن قال قائل: فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟ قيل : قال الله ﷻ: ﴿أيحسب الإنسان أن يترك سدى﴾ فلم يختلف أهل العلم بالقرآن - فيما علمت- أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به. فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى، ورأى أن قال : أقول بما شئت، وأدعي

ما نزل القرآن بخلافه في هذا وفي السنة، فخالف منهاج النبيين ، وعوام حكم جماعة من روى عنه من العالمين.

ثم ذكر أمثلة عن حكم الرسول ﷺ بما أوحى إليه ، وانتظاره الوحي فيما لم ينزل عليه وحي ، والتزامه أمر الله تعالى أن يحكم بين الناس بما أوحى إليه به. فقد قال الله ﷻ لنبيه عليه الصلاة والسلام **﴿أتبع ما أوحي إليك من ربك﴾**[1]. وقال تعالى :**﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾**[2]. ثم جاءه قوم فسألوه عن أصحاب الكهف وغيرهم فقال : أعلمكم غداً يعني أسأل جبريل ثم أعلمكم فأنزل الله ﷻ **﴿ولا تقولن لشئ إنى فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾** [3]. وجاءته امرأة أوس بن الصامت[4] . تشكو إليه أوساً فلم يجبها [5]حتى أنزل الله ﷻ فيه **﴿ قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله ﴾** [6].

٢- استدل بقوله تعالى:**﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾** [7]. وبقوله

---

(١) سورة الأنعام من الآية ١٠٦

(٢) سورة المائدة الآية ٤٩

(٣) سورة الكهف الآية ٢٤

(٤) هو أوس بن الصامت بن قيس بن أحرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف بن الخزرج الأنصارى . أخو عبادة بن الصامت ذكروه فيمن شهداً بدراً والمشاهد، كان أول من ظاهر في الإسلام من نت عم له توفي ٣٤ هـ (راجع الإصابة جـ١ ص ١٣٧)

(٥) راجع الأم جـ٧ ص ٢٩٨

(٦) سورة المجادلة من الآية ١

(٧) سورة النساء الآية ٥٩

تعالى ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ [١] وقال تعالى :﴿ من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾[٢] .

وجه الدلالة:

دلت هذه الآيات على أن المؤمن يجب عليه اتباع كتاب الله وسنة رسوله ، وعلى ذلك يجب عليه اتباع كل ما جاء فيهما من أحكام نصاً أو دلالة ، والإجماع مستمد من السنة النبوية، فالعمل به عمل بالسنة ، والعمل بالقياس دل عليه الكتاب والسنة ، فالعمل به عمل بالكتاب والسنة

أما العمل بالاستحسان فإنه ليس اتباعاً للكتاب ولا السنة ، وهو شئ غير الإجماع والقياس، فالأخذ به إذاً زيادة على ما جاء في هذه المصادر التي أوجبت النصوص السابقة العمل بها فكان العمل بالاستحسان والأخذ به باطلاً ومردوداً[٣].

٣- لا يجوز للمجتهد الحكم إلا عن طريق النص، أو الإجماع، أو القياس عليهما ، وأن الاجتهاد بطريق الاستحسان، غير داخل في اتباع النص أو الإجماع ، ولا في اتباع القياس عليهما.

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة :وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز،بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله،ولا في القياس.ثم قال،أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك،لأنه إذا أمر النبي ﷺ

---

(١) سورة الحشر من الآية ٧

(٢) سورة النساء من الآية ٨٠

(٣) راجع الأم جـ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها.

بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شئ ، وطلب الشـــئ لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس.

وقال أيضا : ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول إلا مـــن جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتـــاب والســـنة ، والإجمـــاع والآثار، وما وصفت من القياس عليها[1]. أهـ

وقال في الأم: وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحـــق، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً، أو دلالة من الله، فقد جعل الحق في كتابه ثم سنة نبيه ﷺ : فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليـــها نصاً أو جملة، فإن قال : وما النص والجملة . قيل : النص ما حـــرم الله، وأحل نصاً؛حرم الأمهات،والجدات، والعمات، والخالات،ومن ذكر معهن، وأباح من سواهن وحرم الميتة والدم، ولحم الخنزير،والفواحش ما ظـــهر منها وما بطن ، وأمر بالوضوء فقال:﴿ فاغسلوا وجوهكم وأيديكم﴾ [2].

فكان مكتفي بالتنزيل هذا عن الاستدلال فيما نزل فيه مع أشباه له. فإن قيل فما الجملة ؟ قيل : ما فرض الله من صلاة، وزكاة، وحج فـــدل رسول الله ﷺ كيف الصلاة، وعددها، ووقتها والعمل فيها، وكيف الزكاة، وفي أى المال هى، وفي أى وقت هي، وكم قدرها، وبين كيـــف الحـــج والعمل فيه، وما يدخل به فيه، وما يخرج به منه[3]: أ.هـ

---

(1) راجع الرسالة للشافعي ص ٥٠٥ إلى ص ٥٠٨ ط مصطفي البابي الحلبي وأولاده.

(2) سورة المائدة من الآية ٦

(3) راجع الأم جـ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها.

٤- إن الاجتهاد بالاستحسان أساسه العقل وفيه يستوى الجاهل والعالم ولو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله فيما ليس فيه خبر. لجاز ذلك أيضا لغيره من العوام- أصحاب العقول - أن يقولوا ذلك أيضا، وهذا لا يجوز بالاتفاق لأن الاجتهاد لا يجوز إلا لمن جمع آلة الاجتهاد، وكذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل استحسن بغير قياس ؟ فقلت لايجوز هذا عندي لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر- بالقياس على الخبر- ، ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول- من غير أهل العلم - أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان .

وقال ولو قال : بلا خبر لازم ، ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم وكان القول لغير أهل العلم جائزاً[1]. أ.هـ .

وقال الشافعي في الأم : ومن استجاز أن يحكم أو يفتى بلا خبر لازم ، ولا قياس عليه. كان محجوجاً. بأن معنى قوله: أفعل ما هويت ، وإن لم أومر به - مخالف معنى الكتاب والسنة - فكان محجوجاً على لسانه - ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفاً فإن قيل ما هو ؟ قيل : لاأعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتى، ولا يحكم برأى نفسه. إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور القياس. من الكتاب، والسنة، والإجماع، والعقل - لتفصيل المشتبه.

---

(١) راجع الرسالة ص ٥٠٤ وما بعدها.

فإن زعموا هذا، قيل لهم : ولما لم يجز لأهل العقول التى تفوق كثيراً من عقول أهل العلم بالقرآن ، والسنة، والفتيا– أن يقولوا فيما قد نزل، مما يعملونه معاً . أن ليس فيه كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، وهم أوفر عقولا. وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم[1] ؟ أ.هـ

٥- إن الاستحسان لا ضابط له، ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو جاز لكل حاكم أو مفت أن يقول بالاستحسان فيما لا نص فيه ، لأدى ذلك إلى وجود أحكام كثيرة مختلفة في المسألة الواحدة لا ضابط لها، ولا يتبين وجه الحق فيها.

وفي هذا المعنى يقول الشافعي في الأم : أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة – ليس فيها نص ولا قياس – وقال استحسن ، فلابد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه، فيقول : كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن ، فيقال: فى الشئ الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم حيث شاءوا ، وإن كان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه[2]. أ.هـ

٦- إن النبي ﷺ ما كان يفتى باستحسانه ، وهو الذي لاينطق عن الهوى فقد سئل عن الرجل يقول لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمي . فلم يفت

---

(1) راجع الأم جـ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها.

(2) راجع الأم جـ٧ ص ٣٠٧

باستحسانه. بل انتظر الوحي حتى نزلت آية الظهار وكفارته[1].وسئل عمن يجد مع امرأته رجلا ويتهمها فانتظر حتى نزلت آية اللعان[2] ولو كان لأحد أن يفتي بذوقه الفقهي، أو باستحسانه، لكان سيد المرسلين محمد ﷺ : فامتناعه عنه يوجب علينا أن نمتنع عن الاستحسان من غير اعتماد على نص، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة لقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿ **لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجوا الله واليوم الآخر وذكر الله كثيرا** ﴾ [3].

٧- إن النبي ﷺ قد استنكر على الصحابة الذين غابوا عنه، وأفتوا باستحسانهم،فقد أنكر بعض الصحابة أنهم أحرقوا مشركا لاذ بشجرة، واستنكر على أسامة بن زيد[4]عندما قتل رجلا قال لا إله إلا الله لأنه قالها تحت حر السيف،ولو كان الاستحسان جائزاً ما استنكر عملهم[5].

---

(1) وهي قوله تعالى " الذين يظاهرون من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللآئي ولدنهم وأنهم ليقولون منكراً من القولُ وزوراً وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم ". الآيات ١،٢،٣ من سورة المجادلة.

(2) وهي الآيات ٦،٧،٨،٩، من سورة النور.

(3) سورة الأحزاب من الآية ٢١

(4) هو بن حارثة بن عبد العزي بن إمرئ القيس بن عامر بن النعمان بن حارثة الكلبي، حب رسول الله وابن حبه، وهو الذى قال عنه مجزز المدلجي أن أسامة وزيداً عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض توفي سنة ٥٤هـ (راجع العبر جـ١ ص ٤٢، طبقات ابن سعد جـ٤ ص ٦٢).

(5) راجع أدلة الإمام الشافعي على إبطال الاستحسان في الرسالة ص٥٠٤ وما بعدها ، الأم جـ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٥٢ وما بعدها، بحوث في الأدلة المختلف فيها الأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٣ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧ وما بعدها ط الجلاوي شبرا – مصر.

وبعد فهذه أبرز الأدلة التي ساقها الإمام الشافعي لإبطال الاستحسان ، وأنت ترى أن هذه الأدلة والمعاني لا تصلح محلا للنزاع. لأنها بعيدة كل البعد عن الاستحسان الذي قال به غيره من العلماء ، فالاستحسان الذي رده الشافعي هو المبني على الرأي المحض ، فإن هذا المعنى لا يقول به أحد ممن عملوا بالاستحسان ، والذي قال به الحنفية والمالكية والحنابلة شئ آخر غير هذا ، وهم أجل قدراً وأشد ورعاً، وخوفاً من الله تعالى من أن يقولوا في دين الله بالتشهي والعقل من غير الاعتماد على دليل شرعي.

على أن الإمام الشافعي مصيب في رأيه، وما قاله هو الحق، فمن استحسن بالمعنى الذي أراده فقد شرع وتجرأ على الله ورسوله ﷺ ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان بهذا المعنى، ولو علم الشافعي مراد غيره من الاستحسان الاصطلاحي الذي استقر معناه، وضبط بعد عصره على يد المتأخرين من الحنفية والمالكية لما أنكره، وكيف ينكره وقد عمل به في واقع الأمر في بعض الفروع الفقهية، ولكنه أرجع الكثير من المسائل الاستحسانية فى غالب الأحيان إلى القياس ، فقد وسع دائرة القياس فأدخل فيه كثيراً من مسائل الاستحسان.

قال ابن السمعاني : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان من غير دليل فهو باطل ولا يقول به أحد[1]. أهـ.

وقال صاحب التلويح: لما اختلفت العبارات في تفسير الاستحسان مع أنه يطلق في اللغة على ما يهواه الإنسان ، ويميل إليه وإن كان

(1) راجع إرشاد الفحول ص: ٢٤١

مستقبحاً عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق. كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسناً حتى يتبين المراد منه إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه، وبعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصاً كان أو إجماعاً، أو قياساً خفياً وقع في مقابلة قياس تسبق إليه الإفهام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف[1]. أهـ.

ويقول أبو زهرة : بعد ذكره للأدلة السابقة وأن هذه الأدلة كلها لا ترد على الاستحسان الحنفي، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، واعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، وما عدا استحسان العرف فإن كل أنواع الاستحسان الحنفي لا يرد عليه اعتراض من اعتراضات الشافعي، لأنه مبني على الأصول التي لا يسع الإمام الشافعي أن يخالفها، إذ هو في إحدى صوره ضرب من ضروب القياس، وفي الأخرى اعتماد على النص، أو الإجماع، أو الضرورة. والضرورات تبيح المحظورات بإجماع العلماء، وهي موضع اعتبار، وبها يخالف النص، فأولى أن يخالف بها القياس[2]. أهـ.

(1) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٣

(2) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٥٤

وقال الماوردي[١] : فلم يخل ما استحسنه الإمام الشافعي ﷺ من دليل اقترن به، والاستحسان بالدليل معمول به، وإنما تنكر للعمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل[٢].أهـ.

وخلاصة ما ذكره الشافعي عن إبطال الاستحسان، يفيد أنه أنكر العمل بالاستحسان الذي لا يستند إلى دليل شرعي، وأما ما يستند إلى دليل شرعي فهو جائز عنده، كما هو جائز عند غيره.

ثانيا : أدلة ابن حزم ومن معه على نفيهم الاستحسان تبعا لنفيهم القياس:

فقد استدلوا بما يأتي :

١- قوله تعالى: ﴿ **فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا** ﴾ [٣].

فقد أمر الله تعالى برد المتنازع فيه إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون ، وإذا لم يبق إلا الاستحسان المطلق : فليس استحسان زيد أولى من استحسان عمرو، ويصير الدين هملاً. غير حقيقة، وحراماً وحلالاً معاً، وهذا باطل فبطل القول بالاستحسان.

٢- من الباطل أن يكون الحق في دين الله ﷻ مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما هذا – وأعوذ بالله– لو كان الدين ناقصاً . فإما

---

(١) هو أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصري الشافعي، مصنف الحاوي، والإقناع، وأدب الدين والدنيا، وغير ذلك، كان إماماً في الفقه والأصول والتفسير بصيراً بالعربية، توفي سنة ٤٥٠هـ (راجع شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٨٥، طبقات الشافعية للسبكي جـ٣ ص ٣٠٣.

(٢) راجع أدب القاضي للماوردي جـ١ ص ٦٦٠

(٣) سورة النساء من الآية ٥٩

وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله، منصوص عليه، أو مجمع عليه، فلا معنى لمن استحسن شئ منه، أو من غيره، ولا لمن استقبح شيئا منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس ، فصح أن الاستحسان شهوة ، واتباع للهوي والضلال.

٣- إن الاستحسان الذى كانوا عليه فيما قارب عصر أبى حنيفة ومالك هو الذي يرونه أحوط، أو أخف، أو أقرب من العادة والمعهود ، أو أبعد من الشناعة ، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم وهذا باطل بقوله تعالى: **﴿ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى﴾**[١]. وقوله تعالى: **﴿إن النفس لأمارة بالسوء إلا ما رحم ربى﴾**[٢]. وبقوله تعالى: **﴿بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم﴾**[٣]. وبقوله تعالى: **﴿ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله﴾**[٤]فقد أبطلت هذه الآيات أن يتبع أحد ما استحسن بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم، ورازقهم ، وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كله اتباع، ما أمر الله تعالى به، والشناعة كلها مخالفته، ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة

---

(١) جزء من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات.

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩.

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠.

الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحه ، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ

٤- قوله تعالى: **﴿ ما فرطنا في الكتاب من شيئ﴾**[١]. وقوله تعالى: **﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شئ﴾**[٢]. وقوله تعالى: **﴿ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين﴾**[٣].

فقد أوضحت هذه الآيات الكريمات. أن القرآن قد اشتمل على جميع الأحكام، فلا توجد حاجة لغيره لإثبات الأحكام كالقياس، والاستحسان ، لأن القرآن لم يترك حكماً إلا وقد بينه.

٥- قوله تعالى **﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾** [٤]. وقوله تعالى : **﴿وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون﴾** [٥].

فقد نهى الله تعالى في هاتين الآيتين عن القول بغير علم، كما نهى عن اتباع الظن، إذ أن القول بغير علم لا يغنى من الحق شيئاً فيكون منهيا عنه بطريقة المنطوق، وحينئذ فإن العمل بالاستحسان يكون منهيا عنه، لأنه قول بدون علم كالقياس سواء بسواء.

٦- قوله تعالى : **﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾** [٦].

---

(١) سورة الأنعام من الآية ٣٨.

(٢) سورة النحل من الآية ٨٩.

(٣) سورة الأنعام من الآية ٥٩.

(٤) سورة الإسراء من الآية ٣٦

(٥) سورة البقرة من الآية ١٦٩

(٦) سورة المائدة من الآية ٤٩

إن الله تعالى أمر نبيه محمداً ﷺ بالحكم بين الخلق بما أنــزل الله تعالى ، وحينئذ فإن الحكم بغير ما أنزل الله يكون خللاً وبدعة، وهذا مـا نهت عنه الآية الكريمة مفهوماً، والاستحسان لم يكن فيه حكم الله تعالى، وحينئذ يكون العمل به مخالفاً لما أمر الله به ﷻ .

٧- واستدلوا على إبطال الاستحسان. بإجمــاع الصحابــة علــى عــدم استعمال الرأي ، والاستحسان فرع منه ومن ذلك قول عمـر[1] ﷺ :

" **إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن أعيتــهم الأحــاديث أن يحفظوها، فقالوا بالرأي فضلوا ، وأضلوا** "[2].

هذا وبعد عرض أدلة ابن حزم على نفيه الاستحسان كنفيه القيـاس فإنه يمكن أن يرد عليه بما يلي :

١- إن ابن حزم لا يقول بحجية القياس، وينكر العمل به، ومن تعريفـات الاستحسان أنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى منه" وقد ثبتت حجيــة القياس عند جميع الأئمة بالكتاب والسنة فلا معنى لمخالفته.

٢- إن الاستحسان راجع إلى الأدلة المتفق عليها لأنه عبارة عن اسـتثناء من القواعد العامة سواء كانت نصـاً وإجماعـاً، أو قياسـاً. فـالرد بالاستحسان يكون رداً إلى كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ.

---

(1) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز بن رباح- القرشي العدوي أبو حفص، ولد قبل البعثة بثلاثين سـنة- بويع بالخلافة يوم وفاة سيدنا أبي بكر رضى الله عنهما، وهو أول من وضع التقويم الهجري. طعنه أبو لؤلؤة المجوسي بخنجر وهو في صلاة الصبح توفي سنة ١٣هـ (راجع الإصابات جـ٧ ص ٧٤، البداية جـ٣ ص ٣١، وشذرات الذهب جـ١ ص ٢٣)

(2) هذا الأثر رواه ابن عبد البر من طريقة الشعبي عن عمر بن حريث عن عمر بن الخطاب (راجع جامع بيان العلـم وفضله جـ٢ ص ١٣٥ ط دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان)

٣- إن قوله " ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنوه بدون برهان .....إلخ فيرد عليه : بأن الاستحسان لم يكن قولا بدون دليل حتى يؤدي ما ذكره من أمور.

٤- إن قوله : بأن الاستحسان كله ظنون فاسدة ، والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى ورسوله ...إلخ.

يجاب عن ذلك:

إن الاستحسان ليس قولا بما اشتهت النفوس دون دليل، حتى يكون الأخذ به تبعا للهوى أو الظنون الفاسدة، أو يكون الأخذ بما تمليه النفس الأمارة بالسوء بغير علم ولا هدى من الله تعالى ، بل هو اتباع للنصوص، أو الإجماع، فالعمل به عمل بدليل صحيح شرعاً.

وأما قوله : والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ ...إلخ.

فيقال له: إن العمل بالاستحسان إنما يشرع عندما يكون إطراد العمل بالقياس مؤدياً إلى الغلو والوقوع في الظلم، أو وقوع الحرج والمشقة على المكلفين، فإن هذا العمل أخذ بالاحتياط لرفع الحرج والظلم عن المكلفين، وقد قال الله تعالى: ﴿ **وما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾[1].

٥- إن قوله بأن القرآن اشتمل على جميع الأحكام ....الخ فيقال له : بأن القرآن الكريم حوى أصول الدين وقواعد الأحكام العامة، ونص على بعضها، وترك بيان بعضها الآخر لرسول الله ﷺ ، وحيث ثبت أن الله

---

(1) سورة الحج من الآية ٧٨.

أرسل رسوله ليبين للناس أحكام دينهم، وواجب عليهم اتباعه كان بيانه للأحكام بياناً للقرآن، والاستحسان في جملته راجع إلى القرآن أو السنة، أو إلى غيرهما كما سبق القول.

٦- إن قوله: بأن الله نهى عن اتباع الظن ....إلخ.

فيقال : له إن الظن المنهي عنه يجب أن يكون خاصاً بالأصول دون الفروع، لأن الفروع يكتفي فيها بالظن فالعمل فيها بالظن غير منهي عنه.

٧- قوله إن الله أمر رسوله أن يحكم بين الناس بما أنزل الله ....إلخ.

فيقال له إن الاستحسان كما سبق القول راجع في جملته إلى الأدلة المتفق عليها سواء أكانت نصاً أو إجماعاً أو قياساً، وليس حكماً بالهوى والتشهي من غير دليل .

٨- قوله إن عمر بن الخطاب حذر من أصحاب الرأي ..إلخ

فيقال له إن نهي عمر بن الخطاب من استعمال الرأي، إنما المراد به الرأي المبني على الهوى، وهذا لا يجوز باتفاق الأئمة ، وأما الرأي المبني على دليل فإنه لا ينكره أحد : كما أن النبي ﷺ أقر الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على اجتهادهم، والعمل برأيهم في كثير من المسائل، ولو كان المسلمون ممنوعين من إعمال الرأي والاجتهاد في حمل فرع على أصل، وفي إعمال قياس خفي في مقابلة قياس جلي لما أقرهم النبي ﷺ على العمل برأيهم، ولبين لهم حكم ذلك ، ولكنه لم يبين فدل ذلك على أنه جائز.

ويقول الإمام محمد أبو زهرة معلقاً على هذه الأدلة السابقة لابن حزم : وإن نظرة واحدة في هذه الأدلة نجدها تبني على أصلين:

أحدهما : أن النصوص القرآنية والنبوية قد أتت بكل الأحكام لازمها ونفلها ومكروهها، ومباحها .

الثاني : أن القياس زيادة على النصوص الكاملة لعمل الإنسان لا بشرع الأديان.

وبمناقشة هذه الأدلة يتضح أن النصوص قد أتت بكل شئ، ولم تبق شيئاً من غير بيان بالعبارة، أو الإشارة ، بيد أن الظاهريين يقصرون البيان على العبارة وحدها، ولا يتجاوزونها، والجمهور يوسعون معنى الدلالة، فيقولون إن الدلالة على الأحكام بألفاظها، وبالدلائل العامة التي تبينها مقاصد الشريعة، في جملة نصوصها وعامة أحوالها.

فإذا قال الشارع مثلا : ﴿ **إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون**﴾[1]. كان ذلك نصاً على الخمر بالعبارة ، وفيه دلائل تشير إلى أن كل ما فيه ضرر غالب يكون حراماً، فحرمت لما فيه من ضرر غالب. إذ يقول سبحانه وتعالى: ﴿ **يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس**﴾ [2].

فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى يكون حراما بهذا النص العام، وبذلك يتبين أن ما يقوم له القياس يعتمد على النص، وهو في حقيقته إعمال للنص

(1) سورة المائدة من الآية ٩٠

(2) سورة البقرة من الآية ٢١٩

كما بينا وإذا كان القياس إعمالا للنص، فيكون من بيان الشـــريعة ، وإذن ينهدم الأصل الثاني، وهو منافاة القياس لكمال النص.

وقد قلنا : إن تعليل النصوص هو أساس الخـــلاف بيـــن مثبتـــي القياس ونفاته فنفاته نفوا التعليل فقصروا النصـــوص علـــى العبـــارة ، ومثبتوه أثبتوا التعليل، فاعتبروا القياس إعمالا للنصوص.

وفي الحقيقة أن نفاة القياس قد أخطأوا إذ تركوا تعليل النصـــوص، فقد أداهم إهمالهم إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة، فقـــد قـــرروا أن بول الآدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير طاهر لعـــدم النـــص، وأن لعاب الكلب نجس، وبوله طاهر، ولو اتجهوا إلى قليل مـــن الفـــهم لفقـــه النص ما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

ومن هذا القول يتضح لنا أن الظاهرية ومن معهم قد وقفوا عنـــد النصوص الواردة فقط ، ولم يتوسعوا في الأدلة، كما أنـــهم لـــم يقولـــوا بتعليل الأحكام، بخلاف الجمهور من العلماء حيث إنهم أخذوا بـــالنصوص الواردة وبالقياس المبني على أصوله على الأدلة ، لوجود علة بين الفـــرع والأصل، وبروح الشريعة في رفع الحرج والمشقة على الناس، كما أنـــهم قالوا بتعليل الأحكام، واستعمال الرأي ومنه الاستحسان الذي هو إعمـــال قياس خفي في مقابل قياس جلى فكان الخلاف بين الجمهور والظاهريين واسعاً في الأمور التى أخذ بها الجمهور.

ولم يكن ما فعله الجمهور على غير سند، بل اتبعوا نهج الأوليـــن من الصحابة والتابعين من أجل هذا قيض الله تعالى لشريعته من يدافـــع عنها، ويبطل حجج ابن حزم وغيره، فقد تصـــدى لآرائـــه ابـــن القيـــم

الجوزية[1] في كتابه أعلام الموقعين، وذكر كثيراً من الشبه التي ساقها ابن حزم وفندها ورد عليها واحدة بعد الأخرى حتى هوت جميعها ولم تقم له ولأمثاله قائمة[2].

وبعد ذلك تبين أنه لا يوجد دليل من الأدلة التي ساقها ابن حزم لإبطال العمل بالاستحسان يصلح لمقصوده.

دليل المذهب الثالث:

القائل بأن الاستحسان ليس دليلاً شرعياً مستقلاً .

استدلوا: بأننا لو نظرنا إلى كل نوع من أنواع الاستحسان ، يتبين أن سند الحكم الشرعي فيه ومصدره، هو دليل من الأدلة الشرعية المسلمة.

فالقياس الخفي الذي ترجح على قياس جلي، حكمه ثابت بالقياس غاية الأمر: أن المجتهد رجح أحد القياسين ، لأن مناسبته أظهر وتأثيرها في جلب النفع أو دفع الضرر أقوى، وكذا الاستحسان الذي ثبت بالنص، وقدم على القياس، والحكم الثابت بالعرف، أو الضرورة، أو المصلحة،

---

(1) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي الإمام شمس الدين أبو عبد الله الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية الحنبلي ولد سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ من مصنفاته إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، وتلبيس ابليس وأعلام الموقعين عن رب العالمين وغير ذلك (راجع هدية العارفين جـ٢ ص ١٥٨)

(2) راجع أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان، وما أجيب به عن هذه الأدلة في الأحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٨ وما بعدها، جـ٧ ص ١٠٥٥ وما بعدها، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٤٨ وما بعدها، التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٠٦ وما بعدها، نهاية السول جـ٢ ص ٢١ وما بعدها، مناهج العقول جـ٢ ص ١٧ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص ٢١٠وما بعدها، أعلام الموقعين جـ١ ص ٢ وما بعدها الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٥ ومابعدها.

وكلها أحكام ثبتت بالأدلة الشرعية ، فليس هناك دليلاً مستقلاً يصح أن يعد دليلاً شرعياً مع النص، والإجماع والقياس يسمى استحساناً[1].

ولعل سائلا يسأل ويقول ؟ إذا كان الاستحسان راجعاً إلى الأدلة الشرعية المسلم بحجيتها وليس دليلاً شرعياً مستقلاً فلماذا سمي هذا النوع من الأدلة بالاستحسان؟ وخصوصاً إذا وجدنا أن الاستحسان الذي سنده النص نجد أن الحكم ثابت بالنص، والذي سنده العرف يكون ثابتاً بالعرف، والذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي نجد أن الحكم المستحسن ثابت بالقياس.

فأجاب السرخسي عن هذا السؤال بقوله : سمي بالاستحسان للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل على معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسناً لقوة دليله، وهو نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد ، فإن أهل النحو يقولون : هذا نصب على التفسير ، وهذا نصب على المصدر، وهذا نصب على الظرف، وهذا نصب على التعجب، وما وضعوا هذه العبارات إلا للتمييز بين الأدوات الناصبة ، وأهل العروض يقولون: هذا من البحر الطويل، وهذا من البحر المتقارب، وهذا من البحر المديد، فكذلك استعمال علماؤنا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين ، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً، ولكونه مائلا عن سنن القياس الظاهر، فكان هذا الاسم

---

(1) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٦، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧

مستعاراً لوجود معنى الاسم فيه، بمنزلة الصلاة فإنها اسم للدعاء . ثم أطلقت على العبادة المشتملة على الأركان من الأفعال والأقوال لما فيها من الدعاء عادة[1] أهـ .

وأرى أن هذا المذهب لا يخالف المذهب الأول للجمهور إلا في كون الاستحسان هل هو دليل مستقل قائم برأسه. أم أنه دليل غير مستقل وهو يرجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى ؟

فكثير من العلماء الذين يرون أن الاستحسان حجة يرون أنه ليس دليلاً مستقلاً، وإنما هو دليل راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، وتسميته بالاستحسان للتمييز بينه وبين الدليلين المتعارضين، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً.

وبعض العلماء يرون أن الاستحسان دليل مستقل كالقياس سواءً بسواء. وهذا الخلاف لا يترتب عليه كثير فائدة لأن كلا من الفريقين يرون أن الاستحسان حجة يجب العمل به.

هذا وبعد عرض أقوال العلماء في حجية الاستحسان، وأدلة كل قول يتبين لنا أن الاستحسان حجة يجب العمل به، وهو مذهب الجمهور، وذلك لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين لهم، حيث ثبت أنها لا ترد على الاستحسان الحنفي ، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، وأن اعتبار العرف أصلا من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، كما أن أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان كلها قد رددنا عليها حتى

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها.

هوت جميعها بما لا يدع مجالا للشك أنها باطلة . كما أن أدلة مـــن قـــال بأن الاستحسان ليس دليلاً مستقلاً، فمردود عليه بأن الاستحسان لا يكـــون إلا فيما نص فيه كالقياس تماماً، والقياس دليل مستقل فكذلك الاستحسان.

المبحث الثالث
في
تحقيق مذهب الإمام الشافعي في الاستحسان

تمهيد

إذا تتبعنا أقوال الإمام الشافعي وأصحابه، والفروع الفقهية عند الشافعية نجد أنهم أخذوا بالاستحسان الذى قال به أصحاب المذاهب الأخرى ، ومن هذه الأقوال والفروع الفقهية مايلى :

أما الأقوال فهي كالتالي : قول الإمام الشافعي :

استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما ، استحسن أن تثبت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، استحسن أن يترك شئ للمكاتب من نجوم الكتابة ، استحسن أن يضع المؤذن أصبعه في أذنيه إذا أذن، استحسن التحليف على المصحف.

قال : في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا يقطع.

وقال : فى الجارية المغنية ، وهي التى اشتريت بألفين، ولولا الغنى لساوت ألفاً. كل هذا استحسان والقياس الصحة.

وقال : في الحُصُر الوقف ونحوه إذا بلى إنه يباع ويصرف في مصالح المسجد، ومثله الجذع المنكسر ، والدار المنهدمة وهذا استحسان:

وذهب في أحد قوليه إلى منع قرض الجواري ممن هي حلال له استحساناً وقال : استحسن مراسيل سعيد بن المسيب[1] .

وقال : فى الشاهدين إذا قالا نشهد أنه لا وارث له سألتهما عن ذلك ، فإن قالا : هو لا نعلم فذا، وإن قالوا تيقناه قطعاً فقد أخطأوا، ولكن لاترد بذلك شهادتهما، ولكن أردها استحساناً.

وقال فى التولية على الوقف : إنه للواقف، وعلل بأنه المتقرب بصدقته. فهو أحق من يقوم بإمضائها. وهذا استحسان .

وقال فيما إذا أعار أرضاً للبناء عليها والغراس، فبنى المستعير أو غرس ثم رجع ، واتفقا على أن يبيع الأرض والبناء لثالث بثمن واحد فقيل: هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد فباعاهما بثمن واحد والمذهب القطع بالجواز للحاجة – وهذا استحسان.

وقال الرافعي[2]:

فى التغليظ على المعطل فى اللعان استحسن أن يحلف ويقال قل بالله الذي خلقك ورزقك. أهـ.

---

(1) هو أبو محمد المخزومي. الإمام شيخ الإسلام وفقيه المدينة ، أجل التابعين ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر، وكان أحد المفتين بالمدينة، وأحد قضاتها (راجع تذكرة الحفاظ جـ١ ص ٥٤، تهذيب التهذيب جـ٤ ص ٨٤ وما بعدها.

(2) هو الإمام أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الرافعي. إمام المذهب الشافعي، وصاحب التصانيف المشهورة التي لم يصنف مثلها في المذهب كالشرح الكبير وغيره توفي سنة ٦٢٣هـ (راجع العبر جـ٥ ص ٩٤، شذرات الذهب جـ٥ ص ١٠٨، طبقات الشافعية جـ٨ ص ٢٨١).

وقال القاضي الروياني[1]: فيما إذا امتنع المدعى من اليمين المردودة وقال : امهلوني لأسأل الفقهاء استحسن قضاء بلدنا إمهاله يوماً. أهـ.

وقال بعض الشافعية :

في تقدير نفقة الخادم على الزوج المتوسط:استحسن الأصحاب أن يكون عليه مد وسدس لتفاوت المراتب في حق الخادمة، فإن الموسر عليه مد وثلث ، والمعسر عليه مد، فليكن المتوسط كذلك ، كما تفاوتت المراتب في حق المخدومة .

وقال بعض الشافعية :

ليس لولي المجنونة، والصبية المراهقة ،إذا آلى عنهما الزوج، وضربن المدة ، وانقضت أن لا يطالب بالغيبة لأن ذلك لا يدخل تحت الولاية ، واستحسنوا أن يقول الحاكم للزوج على سبيل النصيحة اتق الله في إليها أو طلقها[2].

---

(1) هو عبد الواحد بن إسماعيل أبو المحاسن .فخر الإسلام الروياني صاحب البحر والكافي بلغ من تمكنه في الفقه الشافعي أن قال لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي (راجع طبقات الشافعية جـ٧ ص ١٩٣ ، العبر جـ٤ ص ٤).

(2) راجع أقوال الإمام الشافعي وأصحابه في الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٤ ومابعدها، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٣٧، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٧وما بعدها، شرح اللمع جـ٢ ص ٩٦٩، والموافقات جـ٤ ص ٢٠٦ وما بعدها، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٨، شرح العضد على المختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، كشف الأسرار للنسفى جـ٢ ص٣٠٠، المستصفي جـ١ ص ٢٧٤.

هذه هى بعض الأقوال التى قالها الإمام الشافعي وأصحابه تدل على أن الاستحسان حجة ويعمل به عندهم.

وأما الفروع الفقهية التى تدل على أن الشافعية أخذوا بالاستحسان منها ما يلى قال صاحب المنهاج: إن المذهب صحة كفالة البدن للحاجة إليها، وقال الشافعي كفالة البدن ضعيفة أراد من جهة القياس[1].

وقال السيوطي[2] تحت القاعدة الخامسة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة .

من الأولى : مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة ونحوها جوزت على خلاف القياس، لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفي الثانية من الجهالة ، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين ، لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة . ثم قال : ومنها مسألة الصلح وإباحة النظر للمعاملة ونحوها وغير ذلك[3].

وقال السيوطي تحت قاعدة العادة محكمة : أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة....... وعد منها

([1]) راجع مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٣، المجموع شرح المهذب جـ١٣ ص ٤٨٨

([2]) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن أبي بكر بن عمر بن نصر الجلال الأسيوطي ولد سنة ٨٤٩هـ حفظ القرآن الكريم، والعمدة والمنهاج الفرعي والألفية في النحو من تصانيفه الإتقان في علوم القرآن والدر المنثور في التفسير وغيرهما توفي سنة ٩١١هـ .

(راجع شذرات الذهب جـ٨ ص٥١ ، الضوء اللامع جـ٤ ص ٦٥)

([3]) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ط عيسى البابي الحلبي وأولاده بمصر

الكثير وكان من بينها قوله : وفي عمـــل الصنـــاع علـــى ماالستحســنه الرافعي[1].

وأجاز الشافعية : نبش قبر الميت بعد دفنه للضرورة. وغصــب الخيط لخياطة جُرح حيوان محترم، كما جوزوا أخذ مال الممتنع مـن أداء الدين بغير إذنه. وقالوا : لو عم الحرام بلداً بحيث لم يوجــد الحــلال إلا نادراً فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليـــه ولا يقتصــر علــى موضــع الضرورة[2].

وقال الغزالى فى الزنديق المتستر إذا تاب : أن لا تقبل توبتـــه ، ويقتل خلافاً لمقتضى عموم الحديث" أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله " [3].

وقال: فإن قيل فالزنديق المتستر إذا تاب فالمصلحة فى قتلـــه وأن لا تقبل توبته، وقد قال ﷺ " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إلـــه إلا الله " فماذا ترون ؟ قلنا هذه المسألة في محل الاجتهاد ولا يبعد قتله إذ وجب بالزندقة قتله، وإنما كلمـــة الشـــهادة تســقط القتــل فــي اليــهود والنصارى، لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة ، والزنديـــق

---

(1) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩

(2) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(3) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري وأحمد من طريق جابر بن عبد الله (راجع صحيح البخاري بحاشية السندي جـ٢ ص ٢٤٣ باب وجوب الزكاة ، مسند أحمد جـ٢ ص ٣٣٢)

يرى التقية عين الزندقة . فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد[1]أهـ .

وأيضا قرر الشافعية : أنه يجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم ونباتهم لحاجة القتال والظفر بهم، وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه، مع أن الأصل حرمه إتلاف الأموال[2].

وقرر الشافعية : جواز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم لما يلحق الحجيج من الحرج لو لم يبح لهم ، مع نهي رسول الله ﷺ الصريح عنه.

وقد أفتوا بجواز ضمان الدرك[3]، مع أنه مخالف للقياس، معللين ذلك بحاجة الناس إلى معاملة من لا يعرفونه، فلو لم يجز ذلك للحق بالناس الحرج، وهذا ضرب من استحسان المصلحة.

وأفتوا بجواز تضبيب الإناء بالفضة مع عموم النهى عن استعمال الفضة معللين ذلك بالحاجة.

وكذلك أفتوا بجواز الأكل من الغنيمة في دار الحرب مع ورود النهي عن الانتفاع بها قبل القسمة، مستندين في ذلك إلى الحاجة[4].

---

(1) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(2) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(3) ضمان الدرك : هو أن يلتزم البائع بضمان العيب القديم الذي قد يوجد في المبيع لأن عقد البيع يقتضي بذاته سلامة المبيع من العيوب، وسلامته من حقوق الغير (راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلى جـ٤ ص ٣١٧)

(4) راجع هذه الأمثلة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨

من هذه الأمثلة للفروع الفقهية عند الشافعية يتضح لنا أنهم يعملون بالاستحسان كغيرهم من أئمة المذاهب الأخرى، إلا أنهم لا يطلقون عليه هذه التسمية بل يرجعونه إلى القياس والمصلحة في غالب الأحيان.

وهناك بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي – رحمة الله – تدل على نفيه للاستحسان ، وأنه مذموم عنده ومن ذلك ما يلي :

١- من استحسن فقد شرع. أي ينصب من جهة نفسه شرعاً غير الشرع.

٢- الاستحسان تلذذ، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدين لجاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب، وأن يخرج كل واحد لنفسه شرعاً.

٣- والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق . فهل تجيز أنت أن تقول : استحسن بغير قياس؟ فقلت : لا يجوز هذا عندي– والله أعلم – لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر.

٤- ومن قال استحسن لا عن أمر الله، ولا عن أمر رسول الله ﷺ فلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال، وكان الخطأ في قول من قال هذا بيناً.

٥- أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر، ولا قياس، وقال أستحسن فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن

خلافه فيقول : كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن فيقال : في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا[1].

هذه هي بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي التي تنفي الاستحسان :

وللتوفيق بين هذه الأقوال يمكن القول: بأن الأقوال التي وردت عنه تنفي الاستحسان، فالمراد به الاستحسان المبني على الهوى والتشهي من غير دليل من نص، أو قياس، وهذا لم يقل به أحد.

فالقائلون: بأن الإمام الشافعي – رحمه الله- يرفض الاستحسان غير مدركين لمقصد الإمام الشافعي – ﷺ – إذ أن مراده استحسان النفس لا الاستحسان عن طريق القياس، والنص، والإجماع، والمصلحة، والضرورة : وهذه الأصول لا يسع فقيه من الفقهاء مخالفتها، إذ لا تخرج صورة منه عن ضربٍ من ضروب القياس ، أو اعتماداً على نص، أو إجماع ، أو ضرورة،أو مصلحة، أو عرف، وهذا شائع وذائع في فروعهم الفقهية، وموضع اعتبار عندهم، فلا مجال لإنكار الاستحسان أو العمل به في جميع المذاهب المشهورة.

وتحمل الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي على أنه أخذ بالاستحسان على الاستحسان المبني على هذه الأصول السابق ذكرها.

---

(1) راجع هذه الأقوال في الإحكام جـ٣ ص ٢٠٤، المستصفى جـ١ص ٢٧٤ ، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٧، البحر المحيط وما بعدها ، الرسالة ص ٥٠٥ وما بعدها، الأم جـ٧ ص ٣٠٠وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

يؤيد هذا ما ذكره ابن عبد الشكور[1] حيث قال: والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، فإن أريد مايعده العقل حسناً فلم يقل بثبوته أحد، وإن أريد ما أردناه نحن فهو حجة عند الكل فليس هو أمراً يصلح للنزاع[2]أهـ.

وقد صرح الغزالي بعد ما ذكر مفهوم المتأخرين من الحنفية للاستحسان بعدم الإنكار لهذا المفهوم ، وإنما أنكر تسميته استحساناً فقال: وهذا ما لا ينكر، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة[3]. أهـ.

وقال الشيرازي : وإن كان الأمر على ما فسره أصحابه – أى أبو حنيفة– فإنه لا مخالفة في معناه، فإن ترك أضعف الدليلين لأقواهما واجب، وترك القياس بدليل أقوى منه واجب[4]. أهـ.

ويؤيد ما ذهبنا إليه ما جاء في الأم : قد كان ما خشي الشافعي أن يكون بل خرج الأمر في هذه العصور عن حده، فصرنا نرى كل من عرف شيئا من المعارف، زعم لنفسه، أنه يفتى في الدين والعلم، وأنه أعلم به من أهله، وخاصة من أشربوا في قلوبهم أو ربه وعقائدها،

---

(1) هو محب الله بن عبد الشكور البهاري الهندي، قاضي من الأعيان، ولى قضاء كلهنو ثم قضاء حيدر أباد الدكن ، ثم ولى صدارة ممالك الهند، لقب بفاضل خان من كتبه مسلم الثبوت في أصول الفقه، وسلم العلوم في المنطق، والجوهر الفرد (راجع الأعلام حـ٥ ص ٣٨٣)

(2) راجع فواتح الرحموت وشرحه حـ٢ ص ٣٢١

(3) راجع المستصفى حـ١ ص ٢٨٣

(4) راجع التبصرة للشيرازي ص ٤٩٤ ط دار الفكر.

يزعمون أن عقولهم تهديهم إلى إصلاح الدين، وإلى الحق في التشـــريع، وخرجوا عن الخبر، وعن القياس إلى الرأى والهوى، حتى لنكاد نخشـــى أن تخرج بلاد المسلمين عن الإسلام جملة، والعلماء ساهون لاهـــون، أو مستضعفون ، يخافون الناس، ويخافون كلمة الحق[1] أهـــ .

وبعد هذا العرض لأقوال الإمـــام الشـــافعي نـــرى أنـــه عمـــل بالاستحسان المبنى على الأدلة الشرعية وإن كان لا يسميه بهذا الاسم بل يطلق عليه القياس أو المصلحة.

---

(1) راجع الأم جـــ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها.

المبحث الرابع
في
أنواع الاستحسان

تمهيد

إن المتتبع للفروع الفقهية – لدى مذاهب القائلين بالاستحسان – يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عديدة منها الاستحسان بالنص سواء كان النص من القرآن أو السنة ، أو بالأثر ، واستحسان بالإجماع، وبالضرورة، بالعرف، وبالمصلحة، وبالقياس الخفي وغير ذلك. نذكرها فيما يلي مع ذكر أمثلة لكل نوع [1].

---

(1) يلاحظ هنا في الأمثلة التي سأذكرها لكل نوع لم أتعرض فيها لذكر خلاف الفقهاء لأن القصد هو التمثيل لا التفريع على الدليل المختلف فيه وسأذكر مبحث خاص بالمسائل المتفرعة على الخلاف في الاستحسان في نهاية هذا البحث.

النوع الأول
في
"الاستحسان بالنص أو بالأثر"

ومعناه: ورود نص من القرآن أو السنة ، أو الأثر في مسألة يتضمن حكما يخالف الحكم الكلي الثابت بنصوص الشرع، أو يخالف قاعدة عامة تثبت بنصوص أخرى، أو هو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب، أو السنة، أو الأثر [١].

وعرف البرديسي [٢] هذا النوع بقوله : الاستحسان الثابت بالنص هو الاستحسان الذي يتحقق في كل واقعة يرد فيها نص معين يعطي لهذه الواقعة حكما يخالف الحكم الكلى الذى يجب تطبيقه على هذه الواقعة بمقتضى الدليل العام أو القاعدة المقررة [٣].

وهذا النوع من الاستحسان ، هو من حيث الشكل والاصطلاح استحسان كما أطلق عليه الحنفية ، ولكنه من حيث الحقيقة نص يتضمن استثناء من الشارع لحالة خاصة من قاعدة عامة في الشرع، فهو استحسان من الشارع، ولاستحسان الشارع أمثلة كثيرة ، وهو دليل من

---

(١) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠

(٢) هو محمد زكريا البرديسي أستاذ الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة (راجع أصول الفقه للبرديسي ص٤ ط دار التأليف — بالقاهرة)

(٣) راجع أصول للبرديسي ص ٣٠٨

الشرع على أن الشارع الحكيم قدر للحالات الخاصة أحكاما مستثناه تـدل في مجملها على شرعية الاستحسان وإظهار حجيته.

ويقول الغزالى عن هذا النوع : وهذا مما لا ينكر وإنمـا يرجـع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسمية استحسـانا من بين سائر الأدلة[1]، أهـ.

ولهذا النوع أمثلة كثيرة منها ما يلي :

١- أمثلة الاستحسا : من القرآن الكريم:

المثال الأول: الوصية :

فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، ومعلوم أن الإنسان إذا مـات لا يملك شيئا، وخرج المال من حوزته، وانتقل إلى ورثته، وعلى هذا فـإن القاعدة التى يجرى عليها القياس. إبطال الوصية لعدم الملك بعد المـوت لكنها استثنيت من القاعدة العامة استحسانا للنص الوارد بجوازها. وهـو قوله تعالى :﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾[2]. وقولـه ﷺ " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم "[3].

---

(١) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٨٣

(٢) سورة النساء من الآية ١١

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة فى أعماركم " وقال في الزوائد في إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحـد، وروى من طريق معاذ بن حبل بلفظ " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكـم زيادة في أعمالكم " وقال صاحب مجمع الزوائد عن هذا الحديث رواه الطبراني، وفيه عقبةبن حمد الضبي وثقه ابن-

وجاء في الهداية : الوصية غير واجبة، وهى مستحبة، والقياس يأبى جوازها، لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال : ملكتك غدا كان باطلا، فهذا أولى إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض- وخاف البيات - يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله، على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك ، فشرعناه . ثم قال: وقد نطق به الكتاب قال تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾[1].والسنة " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم " [2]. وقال: عليه إجماع الأمة [3]. أهـ.

المثال الثاني : دية القتل الخطأ :

القياس العام يقضي بأن كل إنسان يضمن جناية نفسه لقوله تعالى:﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [4]. ولكن استثنى الشارع حالة

=حبان وغيره، وضعفه أحمد (راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٩٠٤، حديث رقم ٢٧٠٩ كتاب الوصايا — باب الوصية بالثلث ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد جـ٤ ص ٢١٥ الناشر — مؤسسة المعارف — بيروت — لبنان).

(١) سورة النساء من الآية ١١

(٢) سبق تخريجه .

(٣) راجع الهداية وشروحها جـ١٠ ص ٤١٣ وما بعدها ط البابي الحلبي وأولاده . - بمصر، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص٥، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢، تيسير التحرير جـ٤ ص ٢٩٠ وما بعدها ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٣٠ ط دار الكتب العلمية- بيروت - لبنان

(٤) سورة فاطر من الآية ١٨

القتل الخطأ، وعدل عن القياس إلى إيجاب الدية على العاقلة قال تعالى : **﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾**[1].

وهذا استحسان تشريعي خولف فيه القياس رفقا بالجاني وتخفيفا عنه، وذلك لكثرة وقوع الخطأ من الجناة، ودية الآدمي كبيرة فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفا عنه لأنه معذور في فعله بسبب عدم قصده[2].

٣- أمثلة الاستحسان من السنة :

المثال الأول : السلم :

وهو ما يعرف بأنه بيع شئ موصوف في الذمة بثمن عاجل[3].

فهذا بيع لكنه لم يكن على قاعدة البيع المعهود . حيث إن من شروط صحة البيع أن يكون موجودا عند العقد، وهذا ليس بموجود عند العقد بل هو معدوم، ومقتضى النص الشرعي العام أن مثل هذا لا يجوز بيعه، لما روي أن رسول الله ﷺ قال لحكيم بن حزام[4]: " لا تبع ما ليس عندك"[1]. لكنه استثنى من ذلك استحسانا لورود النص الخاص الذي يدل

---

(1) سورة النساء من الآية ٩٢

(2) راجع الهداية وشروحها جـ١٠ ص ٢٧٠ وما بعدها.

(3) راجع مجمع الأنهر جـ٣ ص ٩٣، مغني المحتاج جـ٢ ص ١٠٢

(4) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى. صحابي قرشي ولد بمكة- وكان صديقا للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وبعدها أسلم يوم الفتح، توفي سنة ٥٤هـ بالمدينة (راجع الأعلام جـ٢ ص ٢٦٩، شذرات الذهب جـ١ ص ٦٠).

لكنه استثنى من ذلك استحسانا لورود النص الخاص الذي يدل على جوازه، وهو ما روي أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[٢]. وأقمنا الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم[٣].

يقول السرخسي: في أصوله عن هذا المثال والقياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد لكن تركناه للرخصة الثابتة بقوله ﷺ [٤]"ورخص في السلم"[٥] .أ هـ.

وقال الكمال بن الهمام في فتح القدير بعد ذكره تعريف السلم وأدلة مشروعيته : ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس، إذ هو بيع

([١]) هذا الحديث أخرجه الترمذي وأبو داود من نفس الطريق بنفس اللفظ (راجع سنن الترمذي جـ٣ ص ٥٢٥ كتاب البيوع — باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك حديث رقم ١٢٣٢، سنن أبي داود جـ٣ ص ٨٣ كتاب البيوع — باب الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم ٣٥٠٣).

([٢]) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق ابن عباس بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ ص ٤٢٨ ومابعدها كتاب السلم — باب السلم في كيل معلوم حديث رقم ٢٢٣٩).

([٣]) راجع الهداية وشروحها جـ٧ ص ٧٠ وما بعدها.

([٤]) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣

([٥]) هذا اللفظ لم يرد في كتب الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد جاء في مجمع الأنهر بأنه لم يستدل أنه صلى الله عليه وسلم قد ورد عنه لفظ ورخص في السلم يقول محمد بن العز الحنفي في هوامش الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرد عن أحد من الصحابة في كتب الحديث، وكأنه من كلام واحد من الفقهاء، أما النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان مع عدم ذكر الترخيص في السلم فهذا مروي عنه صلى الله عليه وسلم في حديث حكيم بن حزام السابق. (راجع مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ٢ ص ٩٧ ط دار إحياء التراث العربي بيروت — لبنان).

المعدوم، وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري ، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله، وهو بالسلم أسهل، إذ لابد من كون البيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدره في المال على المبيع بسهوله لتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع[1]أهـ.

المثال الثاني: الإجارة :

وهي عقد على المنافع بعوض، وهذه المنافع معدومة وقت العقد، والأصل في المعدوم عدم صحة تملكه، وعدم إضافة التمليك إليه، ولكن النص ورد بجوازها لحاجة الناس. فقال عليه الصلاة والسلام: " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه[2]" فإن الحديث دل على جواز الإجارة من جهة أن الأمر بإعطاء الأجرة يفيد المشروعية، وهى ثابتة استحسانا، لأنه عدول عن البطلان إلى الصحة بدليل[3].

([1]) راجع فتح القدير على الهداية جـ٧ ص ٧١ وما بعدها، ومثله في العناية على الهداية جـ٧ ص ٧١، بدائع الصنائع ص ٢٠١

([2]) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق ابن عمر بنفس اللفظ،وقال عنه فى إسناده وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان ، وأخرجه البيهقي من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٨١٧ كتاب الرهون- باب أجر الأجراء حديث رقم ٢٤٢٣، والسنن الكبرى للبيهقي جـ٦ ص ١٢١ كتاب الإجارات — باب إثم من منع الأجير أجره).

([3]) راجع بدائع الصنائع جـ٤ ص ١٧٣ وما بعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربي جـ٣ ص ١٤٧٣، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٢٠ وما بعدها، المجموع جـ١٥ ص ٥.

جاء في الهداية: الإجارة في اللغة . بيع المنافع، والقياس يأبى جوازها لأن المعقود عليه- المنفعة – وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار منها – قوله ﷺ " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه[1] " وقوله ﷺ " من استأجر أجيرا فليعلمه أجره[2] " أهـ .

وقال صاحب العناية[3] – لم يقتض القياس جوازها. إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر[4]. أهـ.

وقال السرخسي : وكذلك جواز عقد الإجارة فإنه ثبت على خلاف القياس. لحاجة الناس إلى ذلك، فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا

---

(1) سبق تخريجه.

(2) هذا الحديث أخرجه البيهقي من طريقة أبي هريرة من حديث مطول وفيه " من استأجر أجيرا فليعلمه أجره" ، أخرجه الشوكاني من طريق أبي سعيد الخدري بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى حـ٦ ص ١٢٠ كتاب الإجارة باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة ، نيل الأوطار حـ٥ ص ٣٢٩ باب النهي أن يكون النفع والأجر مجهولا).

(3) هو أكمل الدين محمد بن شمس الدين محمد بن أحمد الرومي البابرتي الحنفي ولد سنة بضع عشرة وسبعمائة، وكان حسن المعرفة بالفقه والأصول، صنف مشارق الأنوار، وشرح البزدوي، والهداية وغير ذلك توفي سنة ٧٨٦هـ ودفن بمصر (راجع الفوائد البهية ص ١٤١ وما بعدها ط دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت — لبنان).

(4) راجع الهداية وشرح العناية حـ٩ ص ٥٨ وما بعدها.

يتحقق لأنها لا تبقى زمانيين فلا بد من إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك[1] أهـ .

المثال الثالث : الحكم بصحة صوم من أكل أو شرب ناسيا في نهار رمضان .

فإن مقتضى القاعدة العامة التي يجري عليها القياس- هو فساد صوم من أكل أو شرب ناسيا- لأن الإمساك عن المفطرات ركن الصوم، والذي لا يصح بدونه، وقد فات هذا الركن بالأكل أو الشرب ناسيا ، والشئ لا يبقى مع فوات ركنه، إلا أن صحة الصوم في هذه الصورة قد استثنيت للأثر الوارد فيها. وهو أن النبي ﷺ قال : " من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه"[2]. فقد عدل عن القول بفساد الصوم هنا والحكم ببقائه استحسانا بالنص[3].

يقول السرخسي : فأما تركه بالنص فهو ما أشار إليه أبو حنيفة – رحمه الله – في أكل الناسي للصوم . لولا قول الناس لقلت يقضي – يعني به- رواية الأثر عن رسول الله ﷺ ، وهو نص يجب العمل به بعد ثبوته ، واعتقاد البطلان في كل قياس يخالفه[4] أهـ.

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣

(2) هذا الحديث أخرجه البخاري من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخارى جـ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث ١٩٣٣- كتاب الصوم — باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا).

(3) راجع الهداية وشرح العناية جـ٢ ص ٣٢٧- باب ما يوجب القضاء والكفارة.

(4) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥

المثال الرابع: قاطع الطريق إذا أخذ المال فقط ثم تركه تائبا.

فإن القاعدة التي يبنى عليها القياس، إجراء الحد عليه، ولا يسقط عنه لارتكابه ما يوجب ذلك، وقد قالوا إذا وجد السبب وجد المسبب، لكن يسقط الحد عنه استحسانا لأنه تاب قبل أن يقدر عليه ويكون فيه تشجيع للذين يعصون ثم يتوبون قبل القدرة عليهم[1] قال تعالى: ﴿**إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم**﴾[2].

المثال الخامس: خيار الشرط:

فإن البائع إذا أمضى العقد فإنه ينفذ ولا يصح له الرجوع في بيعه، وعلى هذا فإنه إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار، فإن القاعدة التي يجري عليها القياس، هو بطلان هذا الشرط لما يترتب على إمضاء العقد من نقل الملكية إذ أن الخيار يمنع هذا النقل، وبذا يكون الخيار منافيا لمقتضى العقد، والقاعدة تقرر أن كل ما يخالف مقتضى العقد لا يجوز، وخيار الشرط لا يجوز تبعا لهذه القاعدة، لكنه عدل عنه إلى الجواز

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٤٢٨ وما بعدها.

(2) سورة المائدة الآية ٣٤

استحسانا[1]. نظرا لقوله ﷺ لحبان بن منقذ[2] – وكان يخدع في البيوع " إذا ابتعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام "[3].

٣- أمثلة للاستحسان بالأثر :

المثال الأول: السرقة :

وهى أخذ مال الغير على سبيل الخفية.نصابا محرزا من غير تأويل ولا شبهة[4]:فإذا تحققت بشروطها فإن الواجب فيها القطع مطلقا لعموم قوله تعالى:﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾[5].لكنه عدل عن القطع استحسانا،وذلك في عام المجاعة كما فعل عمر بن الخطاب ﷺحتى لا يجتمع على السارقين ضرران.ضرر الجوع،وضرر القطع للسرقة،وتخصيصا لهذا العام بفعل الصحابى[6].

---

(1) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(2) هو حبان بن واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري المازني المدني بن عمر بن يحيى ، روي عن أبيه وخلاد السائب وعنه عمرو بن الحارث، وأخرجوا له حديثا واحدا في الوضوء. (راجع تهذيب التهذيب جـ٢ ص ١٧٠ وما بعدها).

(3) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في سننه من طريق حبان بن مقد بنفس اللفظ (راجع سنن الدارقطني جـ٣ ص ٥٦ حديث رقم ٢٢٠ كتاب البيوع ط دار المحاسن للطباعة والنشر — بالقاهرة).

(4) راجع شرح العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٥٤

(5) سورة المائدة الآية ٣٨

(6) راجع المهذب جـ٢ ص ٢٨٢

المثال الثاني: عدم قطع من قطعت يده ورجله:

إن السارق إذا سرق أول مرة تقطع يمينه من الزند فإذا سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى، فإذا سرق ثالثا لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب.وهذا استحسان،ووجه قول علي[1] ﷺ " **إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها، ويستنجي بها، ورجلا يمشي عليها**" [2].

وقد ذكر علماء الأصول هذا المثال تحت الاستحسان بالإجماع، والواقع أنه ترك للقياس لقول الصحابي.لأن كتب الأصول لم تذكر في هذا النوع وهو الاستحسان بالنص، الاستحسان بالأثر،إلا ما ذكره الشاطبي عن ابن العربي حيث يقول:ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس[3].

واعتبر كثير من العلماء القدامى والمحدثين الاستحسان بقول الصحابي من قبيل ما استحسن بالأثر وليس من قبيل ما استحسن بالإجماع،لأن ورود الأثر على خلاف القياس يجعله في حكم المرفوع إلى النبي ﷺ .

---

(1) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويكنى بأبي الحسن ، صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم، أول من أسلم من الصبيان تولى الخلافة سنة ٣٥هـ توفي من إصابة ، وغسله الحسن والحسين ودفن بالكوفة (راجع الفتح المبين جـ١ ص ٥٧، العبر جـ١ ص ٣ ، الأعلام جـ٤ ص ٢٩٥).

(2) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن سلمة بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي جـ٨ ص ٢٧٥ كتاب السرقة باب السارق يعود فيسرق).

(3) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٣٩٥ وما بعدها ، الموافقات جـ٤ص٢٠٩،الإبهاج جـ٣ص ٢٠٤،البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨

ومثاله: أن الإمام أو الحاكم إذا رأى رجلا قد سرق أو زنى أو شرب خمرا فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته ذلك حتى يقوم به عنده بينة ، وهذا استحسان.

وقال أبو يوسف [١] : له ذلك، معللا قوله:لما بلغنا في ذلك من الأثر وهو ما روي أن أبا بكر[٢] ﷺ قال : " لو رأيت رجلا على حد من حدود الله ما أخذته ولا دعوت له أحدا حتى يكون معي غيرى" [٣].
أهـ.

المثال الثالث : الطلاق الثلاث بلفظ واحد

أوقع سيدنا عمر ﷺ الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، وخالف بذلك ما جرى عليه العمل في عهد الرسول ﷺ ، وعهد أبى بكر ، وصدر من عهده هو أيضا، ذلك لأنه رأى في هذا وسيلة لمنع المسلمين

---

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب أبي حنيفة وتلميذه ، وهو أول من نشر مذهب الحنفية ولد بالكوفة سنة ١١٣هـ (راجع الفتح المبين جـ١ص ١٠٨،شذرات الذهب جـ١ص٢٩٨، العبر جـ١ص ٢١٩).

(٢) هو عبد الله بن أبي قحافة يلتقي هو ورسول الله صلى الله عليه وسلم عند مرة بن كعب كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بويع بالخلافة يوم الاثنين الذي توفي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ،توفى رضى الله عنه سنة ١٣ هـ (راجع شذرات الذهب جـ١ص٣٣وما بعدها، العبر جـ١ص١٣)

(٣) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق الزهرى عن أبي بكر الصديق بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي جـ١٠ ص ١٤٤- كتاب الشهادة — باب من قال ليس للقاضى أن يعمل)

من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن تتابعوا فيه[1]، وللاستحسان بالأثر أمثله كثيرة ولكن اكتفينا بهذا القدر

---

(1) راجع هذا النوع من الاستحسان وهو الاستحسان بالنص وأمثلته في المراجع السابقة التي ذكرتها في كل مثال، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥ وما بعدها، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها، و شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها ، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨ وما بعدها، المستصفى جـ١ ص ٢٨٣ ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، المبسوط جـ٩ ص ٢٠٤ ط دار المعرفة، بداية المجتهد جـ٢ ص ٨٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ٣ ص ١٣٠، الاعتصام جـ٢ ص ١١٨، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٤٩ وما بعدها، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ ، أصول الفقه للبرديسي ص ٣٠٨ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ١٩٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٦٦ وما بعدها، بحوث في الأدلة المختلف فيها للدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٦٨ وما بعدها.

النـوع الثاني

الاستحسان بالإجماع

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس، ويكون ذلك بإفتاء جميع المجتهدين في حادثة على خلاف القياس في أمثالها، أو على خلاف مقتضى الدليل العام، كما يكون بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم على ما تعامل الناس به أو مخالفا للأصول العامة والقواعد المقررة. ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها ما يلى :

المثال الأول : عقد الاستصناع:

وهو أن يتفق شخص مع آخر على أن يصنع له ثوبا نظير مبلغ معين من المال مع بيان صفته ومقداره، ولايذكر له أجلا .

فالقياس: يقتضي عدم جواز هذا العقد. لأن الشئ المطلوب صنعه معدوم وقت العقد، والعقد على المعدوم لا يجوز، لكن ترك القياس الذي يقتضى عدم الجواز ، وقيل: بالجواز استحسانا بالإجماع لتعامل الناس من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار[1].

---

(1) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٠٤، بدائع الصنائع جـ٥ ص ٢ وما بعدها، التلويح جـ٢ ص ١٦٣ وما بعدها، مسلم الثبوت جـ٢ ص ٢٧٩، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ص ٢٩١ وما بعدها، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨، التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٤ ص ٦٣٢، أصول الفقه لأبى زهرة ص ٢٤٩.

يقول عبد العزيز البخاري: ومن الاستحسان ما ثبت بالإجماع مثل الاستصناع يعنى فيما فيه للناس تعامل . مثل أن يأمر إنسانا ليخرز لــــه خفا مثلا بكذا، ويبين صفته ومقداره، ولا يذكر لـــه أجــلا، ويســلم لــه الدراهم، أولايسلم . فإنه يجوز والقياس يقتضي عدم جــوازه لأنـــه بيـــع معدوم للحال حقيقة ، وهو معدوم وصفا في الذمة ، ولا يجوز بيع شـــئ إلا بعد تعيينه حقيقة- أى ثبوته في الذمة – كالسلم- فأما مع العدم مـــن كل وجه فلا يتصور عقد، ولكنهم استحسنوا تركه بالإجماع الثابت بتعامل الأمة من غير نكير، لأن بالإجماع يتعين جهة الخطأ في القيـــاس، كمـــا يتعين بالنص فيكون واجب الترك، وقصروا الأمر على ما فيـــه تعـــامل لأنه معدول به عن القياس.

فإن قيل : الإجماع وقع معارضا للنص وهو قوله ﷺ "لاتبع مـــا ليس عندك"[1]. قلنا قد صار النص في حـــق هـــذا الحكـــم مخصوصـــا بالإجماع فبقي القياس النافي للجواز معارضا للإجماع فســـقط اعتبـــاره بمعارضة الإجماع[2]أهــ.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥ وما بعدها، وجاء مثله في شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣؛ أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٩

المثال الثاني: الاستحمام في الحمامات المعدة لاستئجارها:

لهذا الغرض من غير تقدير للأجرة ، أو الماء المستعمل، أو مـــدة المكث فيه، فإن القياس يقضي بعدم جواز ذلك للجهالة الحاصلة من عدم تقدير الماء والأجرة، والمدة التى يمكثـــها. لأن النـــاس يتفـــاوتون فيمـــا يستهلكون من الماء، كما يتفاوتون في المدة التي يمكثونها، والجهالة فـــي هذه الأمور تفسد العقد، ولكن جاز استحسانا لجريان العرف بذلك في كـل زمان ومكان ، ولم يحدث إنكار من المجمعين في أى عصر من العصور من عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا على دخول الحمام بهذه الصفة لأن فيــه دفعا للضرر والمشقة[1].

قال صاحب العناية : ويجوز أخذ أجرة الحمام لجريـــان العـــرف بذلك، والقياس عدم الجواز للجهالة، ولكنه ترك لإجماع المسلمين[2].أهـ.

المثال الثالث : طلاق الزوجة باختيارها لنفسها:

وذلك كأن يقول الرجل لزوجته اختاري أحد أمرين إما نفســـك ، وإما أنا فتقول أختار نفسي . حينئذ فإنها تكون بائنة بواحـــدة أى بينونـــة صغرى استحسانا .

---

(1) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـــ٩ ص ٩٦، الإحكام للآمدى جـــ٤ ص ٢١٠، نفائس الأصول في شـــرح المحصول جـــ٩ ص ٤٠٣٧، البينات جـــ٤ ص ٢٦٥

(2) راجع العناية على الهداية جـــ٩ ص ٩٧

والقياس أن لا يقع شئ من الطلاق وإن نواه الزوج، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغة، فلا يملك التفويض إلى غيره، إلا أن الأحناف استحسنوه لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم على أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق، وكذا أيضا شبهوا هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح، وهو خيار المعتقة، وامرأة العنيين، وتقع الفرقة بذلك الخيار، فتقع في مثالنا بهذا اللفظ[1].

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ٤ ص ٨٨ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٣ ص ١١٨

النوع الثالث
استحسان بالضرورة والحاجة

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس، والأخذ بمقتضى الضرورة لرفع حرج يغلب على الظن وقوعه أو يتحقق، أو لرفع غلو القياس، ذلك أن المسائل التي يقاس بعضها على بعض تختلف نتائجها عسرا ويسرا عدلا وجورا لما يحف بها من ظروف. وهذا المعنى أشار إليه الإمام السرخسي في المبسوط حيث قال : الاستحسان ترك القياس إلى ما هو أرفق بالناس[1]. ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة عديدة نذكر منها ما يلي:

المثال الأول: طهارة الآبار والأحواض التي وقعت فيها نجاسة استحسانا.

فإن القياس الظاهر يقضي بعدم طهارتها بعد تنجسها وهو بقاء شئ من النجاسة فيها، لأن خروج بعض الماء النجس من الحوض والبئر لا يؤثر في طهارة الباقي، ولو أخرج الكل فما ينبع من أسفل، أو ينزل من أعلى يلاقي نجسا من طين، أو حجرا وغيرها فينجس بملاقاته. ولا يمكن صب الماء على البئر والحوض ليتأتي التطهير لأن الدلو والماء الطاهرين يتنجسان بملاقاة ماء البئر والآنية المتنجسين، لكنهم تركوا العمل بموجب هذا القياس للضرورة فإن لها أثرا في سقوط الخطاب، لأن

---

(1) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت — لبنان

فيه حرجا، والحرج مدفوع بالنص قال تعالى:**﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾** [1]. وبالتالى يحكم بطهارة مياه الآبار والحياض والأواني التى وقعت فيها نجاسة إذا نزح قدر ما فيها من الماء، وذلك بأن يقاس عمق البئر وعرضها وتحفر حفرة مماثلة في المساحة ويخرج منها الماء المتنجس، وتصير طاهرة استحسانا لا قياسا[2].

يقول صاحب الهداية: ومسائل الآبار مبينة على اتباع الآثار دون القياس ثم قال: إن وقعت فيها بعرة، أو بعرتان من بعر الإبل والغنم لم تفسد الماء استحسانا، والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل. أهـ.

<u>ووجه الاستحسان</u>: أن آبار الفلوات ليس لها رءوس حاجزة، والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها، فجعل القليل عفوا للضرورة، ولا ضرورة في الكثير، وهو ما يستكثره الناظر إليه، وكذلك الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين ترمي البعرة، ويشرب اللبن لمكان الضرورة[3].أهـ

ويقول السرخسي : وأما ترك القياس لأجل الضرورة فنحو الحكم بطهارة الآبار والحياض بعدما تنجست ، والحكم بطهارة الثوب النجس إذا غسل في الإجانات. فإن القياس يأبى جوازه لأن ما يرد عليه النجاسة

---

(1) سورة الحج من الآية ٧٨

(2) راجع كشف الأسرار للبخارى جـ٤ ص ٦، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣، التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ١٩١

(3) راجع الهداية مع فتح القدير جـ١ ص ٩٨ وما بعدها.

يتنجس بملاقاته ، وتركناه للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس، فإن الحرج مدفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس فكان متروكا بالنص[1]. أهـ.

واعترض صاحب التقرير على كون هذا المثال من الاستحسان بالضرورة فقال : والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقا من هذا القبيل، إذ لا يخفي أن ما وجب فيها نزح البعض فهو من الاستحسان بالأثر ، لا من الاستحسان بالضرورة[2]. أهـ

المثال الثاني : عدم الفطر في الصوم بما يصعب الاحتراز عنه.

فإن القياس يقضى بأن كل ما دخل في جوف الصائم فإنه يبطل صومه ويفطره، ولكنه حكم بصحة صوم من دخل التراب، أو الدخان، أو غبار الدقيق إلى حلقه، وكذا لو دخلت ذبابة إلى حلقة، وهو ذاكر لصومه فإنه لا يفطر استحسانا ، لأن هذه الأشياء لا يمكن الاحتراز عنها[3].

المثال الثالث : قبول الشهادة بالتسامع :

فإن القياس يقضى بأنه لا يجوز للإنسان أن يشهد إلا بما يرى، لكنه جوز الشهادة بالتسامع، أو بالسماع في النسب، وفي النكاح والدخول فيه، وإن لم يعاين الشهود ذلك، لأنها مسائل تتقادم بتقادم الزمن، ولو

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣

(2) راجع التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢

(3) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٢ ص ٣٣٢

قلنا: بأن الشهادة لابد فيها من الرؤية لترتب على ذلك ضرر كبير، ومشقة شديدة . فقد لا يحضر الولادة إلا امرأة ، وحينئذ فإنه يتعسر على الرجل أن يشاهد ولادة المرأة، وقد يموت المعاين للنكاح، ولو كلف الناس بإحضار من مات، وهو الرائى فإن في ذلك أيضا مشقة شديدة، وبذا جوز الشهادة بالسماع استحسانا[1].

وفي هذا المعنى يقول صاحب الهداية : ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه، إلا في النسب والموت والنكاح والدخول فيه، وولاية القاضي، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهذا استحسان

والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك يتحقق بالعلم، ولم يحصل فصار كالبيع أى لا يجوز للشاهد أن يشهد بالسماع بل لابد من المشاهدة.أهـ.

وجه الاستحسان: أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خاص من الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج، وتعطيل الأحكام بخلاف البيع ، لأنه يسمعه كل أحد، ولهذا كان لابد فيه من المشاهدة والمعاينة[2]

---

(1) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٩٨، مغني المحتاج جـ٤ ص ٤٤٨، الفقه الإسلامي للدكتور الإسلامي زكي الدين شعبان ص ١٦٢ ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(2) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٧ ص ٣٨٨ وما بعدها.

المثال الرابع: ذكره الشاطبي:

وهو ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته، لرفع المشقة، وإيثار التوسعة على الخلق، وذلك كإجازتهم التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة، وكإجازة بيع وصرف في اليسير إذا كان أحدهما تابعا للآخر[1].

المثال الخامس: شهادة غير المسلم تقبل على المسلم.

من القواعد المقررة – أن شهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم لقوله تعالى: ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾[2]. ولكن الضرورة اقتضت أن تعدل عن هذه القاعدة، وتقبل شهادة غير المسلم على المسلم استحسانا.

كما لو ادعى مسلم وصية ذمي له بما عند مسلم آخر عليه دين للذمي فأقر من عليه الدين بالدين، ولكنه أنكر الوصية، وموت الموصى. حينئذ تقبل شهادة رجلين من الذميين بالموت والوصية، مع أن القياس لا تقبل شهادتهما لعدم عدالتهما، ولكنها قبلت استحسانا، لأن الوصية لا تكون إلا عند الموت، وموت الذمي لا يحضره المسلمون غالبا، فلو لم تقبل شهادة الذميين لضاعت الحقوق فقبلت شهادتهما استحسانا[3].

---

(1) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨، الاعتصام جـ٢ ص ١٤٢

(2) سورة النساء من الآية ١٤١

(3) راجع العناية على الهداية جـ٧ ص ٤١٧ وما بعدها.

المثال السادس: عدم بطلان المساقاة بموت رب الأرض إذا كان الخارج بسرا.

فالقياس العام يقضي بأن تبطل المساقاة بالموت لأنها في معنى الإجارة ، فإن مات رب الأرض – والخارج بسر[1]– للعامل أن يقوم عليه ، كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر– وإن كره ذلك ورثه رب الأرض– استحسانا ، فيبقى العقد دفعا للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر[2].

(1) البسر : ثمر النخيل قبل أن يصير رطبا . (راجع المصباح المنير جـ١ ص ٤٨)

(2) راجع الهداية مع شرح تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٨١

النوع الرابع
استحسان العرف والعادة

وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، لجريان العرف بذلك ، أو بما اعتاده الناس.

وهو يتحقق في كل تصرف تعارف عليه الناس واعتادوه. إذا كان هذا التصرف يخالف قياسا ، أو قاعدة من القواعد المقررة .

يقول السيوطي : اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك سن الحيض، والبلوغ ، والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها وغيرها[١]أهـ .

ويقول الشاطبى – نقلا عن ابن العربى – الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، ثم جعله أقساما. فمنه ترك الدليل للعرف، كرد الأيمان إلى العرف[٢]أهـ.

والأمثلة لهذا النوع من الاستحسان كثيرة نذكر منها مايلى:

المثال الأول : حلف لا يأكل لحما . لم يحنث بالسمك

لو حلف الرجل لا يأكل لحما، فأكل سمكا، فإن القياس يقضى أن يحنث الحالف لأن الله سبحانه وتعالى قد سمى السمك لحما في قوله

---

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ ط دار إحياء الكتب العربية . عيسى الباقي الحلبي وشركاه.

(٢) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨ .

تعالى : ﴿ وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا ﴾ [1]. لكن ترك هذا القياس الذي يقضى بالحنث، وقلنا بعدم الحنث استحسانا لجريان العرف العام على أن السمك ليس بلحم، وإن سماه الله تعالى لحما[2].

المثال الثاني: حلف لا يدخل بيتا ثم دخل مسجدا.

لو حلف رجلا على أن لا يدخل بيتا فدخل مسجدا. فإن القياس والقواعد العامة تقرر أن الحالف هنا يحنث لأن المساجد قد سماها الله تعالى بيوتا فقال تعالى :﴿ فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال ﴾[3].

لكن ترك هذا القياس، ولا يحنث الحالف هنا استحسانا لجريان العرف العام على أنه لا يطلق على المساجد بيوتا[4].

المثال الثالث: استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها.

فإن استئجار المرضعة بأجرة معلومة جائز باتفاق، ويجوز بطعامها وكسوتها- استحسانا – عند أبى حنيفة- رحمه الله تعالى .

---

(1) سورة فاطر من الآية ١٢

(2) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢، الهداية وشروحها جـ٥ ص ١٢١، أصول الفقه للبرديسي ص ٢١٦

(3) سورة النور الآية ٣٦

(4) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٤، أصول الفقه للبرديسي ص ٣١٦.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ،فإنه لايجوز إلابأجر معلوم

ووجه استحسان أبو حنيفة:أن العادة جارية بالتوسعة على المراضع شفقةعلى الأولاد وبذلك تكون الجهالة معدومة لتعارف الناس على ذلك[١].

المثال الرابع: جواز وقف المنقول استقلالا عن العقار

وقف المنقول فإنه لم يرد نص يفيد جواز وقفه، لأن الأصل في الوقف أن يكون مؤبدا، فبمقتضى هذا الأصل لا يجوز وقف المنقول المستقل عن العقار لأنه يتسارع إليه الفساد ، ولا يقبل التأبيد، ولكن جاز وقف المنقول استحسانا لتعامل الناس به، وإن كان في القياس لا يجوز.

فقد نقل عن محمد بن الحسن الشيباني[٢] أنه أجاز وقف ما جرى به العرف من المنقولات المستقلة كالكتب ونحوها بطريق الاستحسان لأن الناس تعارفوه[٣]. أهـ.

---

(١) راجع الهداية وشروحها جـ٩ ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني. أبو عبد الله إمام بالفقه والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، له كتب كثيرة في الفقه والأصول منها المبسوط والزيادات، والجامع الكبير والصغير والآثار والسير والموطأ والأمالي والمخارج في الحيل وغيرها توفي سنة ١٨٩هـ (راجع الأعلام جـ٦ ص ٨٠، الفتح المبين جـ٢ ص ٨٠).

(٣) راجع شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢١٦

المثال الخامس: ما يعتبر ردا في العارية.

إذا استعار إنسان دابة من آخر فردها المستعير إلى اصطبل مالكها، فهلكت لم يضمن استحسانا ، وفي القياس أنه يضمن لأنه لم يردها إلى مالكها، وإنما ضيعها.

وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف عليه عرفا وعادة، لأن رد العوارى إلى دار الملاك أمر معتاد كآلة البيت، ولو ردها المستعير إلى المالك، فإنه سيردها إلى المربط(١).

المثال السادس: إذا استأجر الرجل جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى بلد كذا:

جاز استحسانا، وإن كان المحمل مجهولا ، ومثل هذا يفسد الإجارة لجهالته، ولكن العرف قضى على ذلك، فيصرف إلى المتعارف، فانتفت الجهالة المؤدية إلى النزاع (٢).

المثال السابع: حلف لا يصلي. فمقتضى القياس أن يحنث

بمجرد الافتتاح، كما في الصوم حيث يحنث بمجرد الشروع،ولكنه لا يحنث إلا بركعة تامة الأركان، لأن الصلاة في عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان ، فما لم يأت بجميع الأركان لا يسمى فعله صلاة،

---

(١) راجع تكملة فتح القدير على الهداية جـ٩ ص ١٧.

(٢) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٥١

بخلاف الصوم فإنه ركن واحد وهو الإمساك، فيتكرر في الجزء الثاني[1].

النوع الخامس
الاستحسان بالمصلحة

وهو أن يكون للمسالة حكم بمقتضى النص العام، أو القاعدة المقررة، ووجدت مصلحة تقتضي استثناءها من هذا الحكم وإعطاءها حكما على خلافه، أو هو الأخذ بمصلحة جزئية في مسألة ما في مقابلة القياس، وذلك لأن الأخذ بالمصلحة أقرب إلى مورد الشرع، وفيه تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، لكن يجب أن تكون المصلحة قد شهدت لها النصوص الشرعية من حيث الجنس حتى تصلح لمعارضة القياس ورجحانها عليه، فحكم الاستحسان هنا عدل به عن نظائرها لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائرها[2].

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلى :

<u>المثال الأول</u>: ضمان الأجير المشترك استحسانا.

الأجير المشترك كالصباغ والخياط وغيرهما إذا هلك المال في أيديهم بغير تعد أو تقصير، فإن مقتضى القياس عدم الضمان لأن الأمين

---

(1) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٣، تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٣٥٥ ط الأزهر.

(2) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٧ وما بعدها.

غير ضامن إلا إذا تعدى، أو قصر في الحفظ ، ولكن عدل عـــن هــذا، وحكم بالضمان للمصلحة ، وهى المحافظة على أموال النــاس، وتـأمين أمتعتهم من الهلاك نظرا لتفشى الخيانات بين الناس[1].

<u>المثال الثاني</u> : إعطاء الزكاة لبني هاشم استحسانا.

إعطاء الزكاة لبنى هاشم غير جائز بمقتضى النص العـــام وهــو قوله ﷺ " إنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وقد جعل الله لهم فى خمــس الخمس من الغنائم ما يكفيهم يغنيهــم"[2]. ويلزم من هذا ألا تدفع الزكـــاة إليهم في أى وقت، ومع ذلك فقد أجاز أبو حنيفة ومالك دفع الزكاة لبنـــى هاشم في زمانهما استحسانا على خلاف النص العام رعاية للمصلحة فــي الإبقاء على حياتهم ، وحفاظا لهم من الضياع، ولما وقـــع عليــهم مـــن الاضطهاد في زمنهما ، ومنع عنهم حقهم في الغنائم.

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ٩ ص ١٢١ وما بعدها، الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨، الاعتصــام جـــ٢ ص ١١٩، الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٢٢.

(2) هذا الحديث أخرجه مسلم بلفظ أخذ الحسن بن على تمرة فجعلها في فيه فقال رسول الله صلى الله عليه وســـلم " كخ كخ أرم بها أما علمت أنا لا نأكل الصدقة " وفي رواية " لا تحل لنا الصدقة "
كما أخرجه الترمذى بلفظ " الصدقة لا تحل لنا، وأن موالى القوم من أنفسهم" كما أخرجه الصنعانى في سبله بلفظ إن عبد المطلب بن ربيعة بن الحرث بن هاشم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعله عاملا على بعض الزكاة فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم" إن الصدقة لا تبتغى لآل محمد وإنما هي أوساخ الناس" (راجع صحيح مسلم بشرح النووي جـ٧ ص ١٧٤، عارضه الأحوزي بشرح صحيح الترمذي جـ٣ ص ١٥٩ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، سبل السلام جـ٢ ص ١٤٧ ط دار الكتب العلمية — بيروت — لبنان).

فهذا الاستحسان من أبى حنيفة ومالك -رضي الله عنهما- إنما هو عدول منهما عن الحكم بعدم إعطاء الزكاة لبني هاشم إلى الحكم بجواز إعطاءها لهم، بناء على المصلحة التي لاحظها كل منهما[1].

المثال الثالث: قبول شهادة من يوثق بقوله في الجملة.

إن القياس يوجب أن يكون الشهود عدولا في كل قضية معروضة للنظر بين يدي القضاء، لأن العدالة هى ترجح جانب الصدق على جانب الكذب، حتى يلزم القضاء بالحكم، ولكن إذا كان القاضي في بلد لا يوجد فيها عدول، فإنه يجب أن تقبل شهادة من يوثق بقوله فى الجملة حتى لا تضيع الأموال والدماء[2].

المثال الرابع: خيار الشرط يورث عند المالكية.

إن المشترى لو اشترى سلعة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم مات في أثناء المدة، فإن خيار الشرط يورث عند المالكية، فإن اتفق الورثة على فسخ العقد فسخ، وإن اتفقوا على إمضائه، أمضى عليهم أجمعين، ولكن إن اختلفوا وقبل من رضى الإمضاء أن يأخذ نصيب من رد، فإن

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ٢ ص ٢٧٢، راجع الهداية مع فتح القدير جـ٢ ص ٢٧٢ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢١٧.

(2) راجع أصول الفقه للشيخ أبى زهرة ص ٢٤٦.

العقد يمضي على البائع استحسانا ، وذلك لأن البيع قد بت من جانبه ، فلا يهمه من يئول إليه ما دام وارثا[1].

الوثال الخاوس: اعتبار الاخوة الأشقاء كالأخوة لأم في الميراث:

إن القياس يوجب ألا يأخذ الأشقاء إذا انحصر الإرث في الأم والزوج، والأشقاء، وأخوين لأم وأكثر، ولكن الاستحسان عند المالكية وكما قرر الصحابة أوجب أن يأخذوا ويعتبروا كإخوة لأم ، فإن هذا استحسان لمصلحة الاخوة الأشقاء، ومنعا للقياس العام[2].

الوثال السادس: جواز بيع الوصي مال الكبير الغائب ما عدا العقار.

فإن القياس لا يملك الوصي البيع لأنه موكل بالحفظ لا بالبيع، كما أن الأب لا يملك ذلك على الكبير الحاضر، ولكن عدل عن هذا القياس استحسانا لمصلحة الغائب إذا كان الشئ المباع يتسارع إليه الفساد لأننا لو منعناه من البيع لأدى إلى ضياع المال، وأما العقار فمحصن بنفسه. حتى لو خيف عليه الهلاك صح بيعه[3].

---

(1) راجع الموافقات جـ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦، البحر المحيط جـ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول في اختصار المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

(2) راجع الموافقات جـ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦

(3) راجع تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفي شلبي ص ٣٥٨

النوع السادس

الاستحسان بالقياس الخفي

هو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم آخر مغاير، بقياس آخر هو أدق، وأخفي من الأول ، لكنه أقوى حجة ، وأسد نظرا ، وأصح استنتاجا، وأقوى تأثيرا من القياس الظاهر، أي أن في المسألة قياسان.

أحدهما : ظاهر ضعيف الأثر.

والثاني : خفي قوي الأثر فأخذنا بما هو قوي الأثر وسميناه استحسانا

وهذا النوع من الاستحسان يكثر في كتب القائلين بالاستحسان ومن هنا نجد أن بعض علماء الحنفية يقصرون تعريف الاستحسان على أنه قياس خفي يقابل قياسا جليا[1].

قال : **سعد الدين التفتازاني**: والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا[2]. أهـ.

وقال السرخسي : الاستحسان فى الحقيقة قياسان. أحدهما جلي ضعيف الأثر يسمى قياسا ، والآخر خفي قوى الأثر فيسمى استحسانا، أى قياسا مستحسنا فالترجيح بالأثر لا بالخفاء و الوضوح، وأن قوة الأثر

---

(1) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢، كشف الأسرار للبخاري جـ٤ ص ٣.

(2) راجع حاشية التفتازاني على شرح العضد جـ٢ ص ٢٨٩

وضعفه أساسه التيسير ورفع الحرج، فالاستحسان القياسي أساسه رفــــع الحرج[١].أهـــ.

وقال النسفي[٢]: لما صارت العلة عندنا علة بأثرها قدمنــــا علــى القياس الاستحسان الذى هو القياس الخفي إذا قوي أثره، وقدمنا القيـــاس لصحة أثره الباطن على الاستحسان الذي ظهر أثره وخفي فساده، لأنه لا رجحان للظاهر لظهوره، ولا للباطن لبطونه، وإنما الرجحان لقوة الأثــر في مضمونه ، فيسقط ضعيف الأثر في مقابلة قوى الأثر ظاهرا كــان أو خفيا ، فالدنيا ظاهرة والعقبي باطنة ، وقد ترجح العقبــــي حتــى وجــب الاشتغال بطلبها، والإعراض عن طلب الدنيا لقوة الأثر من حيث الــدوام والصفاء، وضعف أثر الدنيا من حيث الكدورة والفنــاء.

ولهذا قيل: لو كانت الدنيا من ذهب فان، والعقبي من خزف باق، لكان الواجب على العاقل أن يختار الخزف الباقى، على الذهب الفـــاني، فكيف والأمر على العكس[٣]؟أهـــ.

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلى:

---

(١) راجع أصول السرخسى جـــ٢ ص ٢٠٣

(٢) هو عبد الله بن محمود النسفي أبو البركات — حافظ الدين — فقيه حنفي من أهل إيذج من كور أصبهان ووفاتــه فيها، من مصنفاته مدارك التنزيل، كنز الدقائق، الكافي في شرح الوافي، كشف الأسرار شرح المنار في الأصول توفي سنة ٧١٠هـــ وقيل سنة ٧٠١هـــ (راجع الأعلام جـــ٤ ص ٦٧ وما بعدها، الفوائد البهية ص ١٠١).

(٣) راجع كشف الأسرار مع نور الأنوار جـــ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ومثله ذكر في أصول السرخســـي جـــ٢ ص ٢٠٣، كشف الأسرار للبخاري جـــ٤ ص ١٠

المثال الأول: النظر للمرأة الأجنبية للتداوي:

فإن القاعدة التى تبنى عليها الأحكام الشرعية. أنه لايجوز النظر إلى المرأة الأجنبية لأنها عورة من رأسها إلى أخمص قدميها- لما في ذلك من الفتنة التى توقع في ارتكاب الفاحشة، لكنه جوز النظر للتداوي لما في ذلك من رفع المشقة، ودفع لها فجوز النظر استحسانا تيسيرا على المسلمين[١].

وفى هذا يقول الإمام محمد أبو زهرة: إن المرأة عورة من قمة رأسها إلى قدميها، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع للحاجة كرؤية الطبيب، وأن هذا معارضة بين قياسين: أحدهما: ما قررته القواعد من كون المرأة عورة، لأن النظر إليها يؤدى إلى الفتنة، والوصف الثاني ما عساه أن يؤدي إلى مشقة في بعض الأحوال لحال العلاج . فأعملت علة التيسير هنا في هذا الموضع[٢].أهـ.

المثال الثاني: إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن والمبيع غير مقبوض.

فإن موجب القياس الظاهر أن الذي كان يجب عليه أن يقيم البينة هو البائع، وهو مدعى الزيادة، إذ هما اتفقا على المقدار، والاختلاف في الزيادة فهو المدعى، والبينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر، وإذا لم تكن بينة حلف المشتري لأنه المدعى عليه، ولكن استحسن أن يحلف

---

(١) راجع الأدلة المختلف فيها للدكتور/ عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٧٥.

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧

البائع والمشتري، لأن كليهما ينكر شيئا يدعيه الآخر، فالبائع يدعى الزيادة ، وينكر استحقاق المشترى للمبيع من غير أدائها ، والمشتري يدعى استحقاقه للمبيع من غير هذه الزيادة، وينكر وجوبها.

وترى من هذا أن للاستحسان علة أقوى أثرا من علة القياس الظاهر.

وإذا كان الخلاف بعد القبض. فالاستحسان أيضا أن يتحالفا، وذلك لورود السنة بالتحالف إذ يقول النبي ﷺ"إذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة تحالفا وترادا "[1].

وأن استحسان القياس يصح تعديته لأنه مبنى على علة، والعلة تتعدى ، ولذلك قالوا : أنه يكون التحالف قبل القبض في الإجارة كالبيع ، أما بعد القبض، فإنه لاتحالف إلا في البيع[2].

([1]) هذا الحديث أخرجه الترمذي من طريق ابن مسعود بلفظ " إذا اختلف البيعان و لم تكن بينه؟ قال القول : ما قال رب السلعة أو يترادان ، أخرجه أبو داود والنسائي من طريق الأشعث بلفظ " إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان" (راجع سنن الترمذي جـ٣ ص ٥٦١ كتاب البيوع — باب ما جاء إذا اختلف البيعان حديث رقم ١٢٧٠، سنن أبي داود جـ٣ ص ٢٨٥ كتاب البيوع باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم حديث رقم ٣٥١١، سنن النسائي جـ٧ ص ٣٠٢ كتاب البيوع- باب اختلاف المتبايعين في الثمن

([2]) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٨ ص ٢٠٧ وما بعدها، كشف الأسرار للنسفي مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٦ وما بعدها، كشف الأسرار للبخاري جـ٤ ص ١١ وما بعدها، تيسير التحرير جـ٤ص ٨٣، شرح المنار وحواشيه ص ٨٢٠، أصول السرخسي جـ ٢ ص ٢٠٦ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨.

المثال الثالث : طهارة سؤر سباع الطير :

سؤر سباع الطير، وهو بقية الماء الذى يشرب منه، فإن سباع الطير كالنسر والحدأة تشبه سباع البهائم فى كون لحمها نجسا لا يؤكل، وكونها تتغذى من الحيوانات، وبما أن سؤر سباع البهائم كالسبع والفهد والذئب نجس فكذلك سؤر سباع الطير أيضا، وذلك قياس ظاهر، ولكن الاستحسان يتجه لقياس آخر خفي.

وبيانه : أن سؤر البهائم كان نجسا لوجود لعابها في الماء، واللعاب متصل باللحم فهو نجس بنجاسته، أما سباع الطير فهى تشرب بمناقيرها، فلا تلقى الماء في لعابها، ومناقيرها عظام لا تترك في الماء أى أثر، فلا يصيب الماء

نجاسة بشرب سباع الطير، فلا يكون السؤر نجسا، قياسا على سؤر الإنسان لأن الماء لا يتنجس بشرب الإنسان . وللاحتياط قالوا إنه مكروه.

ويرى بعض الباحثين أن التمثيل بهذا المثال غير صحيح استنادا إلى أن سباع الطير تأكل النجاسات، ومناقيرها لا تخلو من النجاسة، وهى وإن كانت تشرب بمناقيرها، وهو عظم فلا تخالط رطوبتها الماء، إلا أنه لا يصح قياسها على سؤر الإنسان ، لأنه قد ينزل من جوفها شئ حين شربها فينجس الماء.

وما يقال : إن من عادة هذه الطيور أنها بعد أكلها تدلك الأرض بمناقيرها، وهو عظم يطهر بالدلك.

نقول: إن هذه عادة بعض الطيور في بعض الأحايين، ولا يصح أخذ حكم كلى بناء على استقراء جزئى.

والأولى أن يكون هذا المثال من الاستحسان بالضرورة ورفع الحرج عن الناس، ويكون القياس المقابل للاستحسان هو القياس الاصطلاحي[1].

المثال الرابع: حق المرور، والري، والصرف، تدخل في وقف الأراضي الزراعية.

حقوق المرور، والري، والصرف تدخل عند وقف الأراضي الزراعية تبعا ، دون النص عليها، أو ذكرها في العقد استحسانا.

وإن كان القياس يقتضي عدم دخولها، فكان القول بدخول تلك الحقوق فى وقف الأراضي الزراعية، عدول عن قياس ظاهر ، وهو قياس الوقف على البيع بجامع أن كلا منهما يخرج الملك ، فالبيع يخرج ملك المبيع عن بائعه، والوقف يخرج ملك الموقوف عن الواقف.

ولما كانت الأراضى الزراعية عند بيعها لا تدخل فيها حقوق الشرب، والمرور دون النص على ذكرها، يقاس عليها وقف الأراضي الزراعية، أما القياس الخفي فهو قياس الوقف على الإجارة. بجامع أن

---

(1) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣ وما بعدها، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ٢٩١ وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٤، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨ وما بعدها، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨، شرح فتح القدير جـ١ ص ٩٦، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦ وما بعدها، التلويح جـ٢ ص ١٦٣ وما بعدها.

المقصود من كل منهما. هو الانتفاع بالعين دون تملك الرقبة، وعند إجارة الأرض تدخل حقوق شربها، وارتفاقها دون نص عليها، فيقاس على ذلك وقفها، فتدخل الحقوق عند الوقف استحسانا، وسبب العدول عن القياس الظاهر إلى القياس الخفي هو أن المقصود من وقف الأراضي الزراعية، هو الانتفاع بالموقوف لا ملك رقبته، ولا يمكن الانتفاع على هذا الوجه إلا بدخول تلك الحقوق بدون ذكر، لما في ذلك من تحقيق للمقصود[1].

المثال الخامس: الصلاة على الجنازة ركبانا.

فإن مقتضى القياس أن الصلاة على الجنازة ركبانا تجوز لأنها دعاء، إلا أنه عدل عن القياس إلى بطلانها استحسانا، لأنها صلاة من وجه لكونها تحتوي على التحريمة، فقياس صلاة الجنازة على الصلاة بالمعنى الشرعي لاشتراكهما في تكبيرة الإحرام أقوى من قياسها على المعنى اللغوي من حيث الاشتراك بالدعاء[2].

المثال السادس: عفا عن قطع يده ثم مات بالسراية.

إذا اعتدى مكلف على غيره فقطع يده عمدا، ثم مات المقطوع بالسراية، فإنه يقتل القاطع قصاصا، لأنه قتل عمد وموجبه القصاص،

---

(1) راجع شرح فتح القدير على الهداية جـ٦ ص ٢١٥ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين ص ٢٠٣

(2) راجع شرح فتح القدير على الهداية جـ٢ ص ١٢٧

فإذا عفا المجني عليه قبل الموت عن القاطع، ثم مات بالسراية فالقياس وجوب القصاص لتحقق موجبه وهو القتل العمد، وفي الاستحسان لا يقتل وتجب عليه الدية[1] .

جاء في الهداية : ومن قطع يد رجل، فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس ، لأنه هو الموجب للعمد، إلا أن في الاستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة، وهي دارئة للقود، أي دافعة ومسقطة للقصاص[2] أهـ.

المثال السادس: قطع يد من سرق من مدينه .

من المقرر فقها أن من له دين حال على آخر – من دراهم، أو دنانير – فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها يعتبر أخذه لها استيفاء ولا تقطع يده أما إذا كان الدين مؤجلا ، فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل، إلا أنه لا تقطع يده استحسانا ، لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، ثم إن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة به يصير شبهة دارئة للقطع، وإن كان لا يلزمه الإعطاء حالا[3].

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ١٠ ص ٢٥١

(2) راجع الهداية مع تكملة شرح فتح القدير جـ١٠ ص ٢٥١ وما بعدها.

(3) راجع العناية على الهداية جـ٥ ص٣٧٧، الأدلة المختلف فيها للدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص٧٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي جـ٦ ص١١٨ وما بعدها.

جاء في الهداية : ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً ، لأن التأجيل لتأخير المطالبة أهـ [1].

وبعد فهذه هي أهم أنواع الاستحسان عند القائلين به، ومنها يتبين بجلاء أن الاستحسان ليس قاصراً على القياس الخفي الواقع في مقابلة القياس الجلي كما صوره بعض علماء الأصول، كما أنه ليس قاصراً على الاستحسان الثابت بالنص، أو الإجماع، أو الضرورة، أو القياس الخفي، بل يكون ثابتاً بغيرها من الأدلة كالعرف والمصلحة.

كما أن القياس الذي يذكر في مقابلة الاستحسان، قد يكون المراد به القياس الأصولي ، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام، أو القاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه صنيع بعض الأصوليين.

---

(1) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٥ ص ٣٧٧

المبحث الخامس

في

الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتبه به

تمهيد

ذكرنا فيما سبق في المبحث الأول في تعريف الاستحسان أنه عند بعض الحنفية هو قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلى، أو هو دليل وقع في مقابلة القياس، أو هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه يقتضي هذا العدول.

وعند المالكية: هو استعمال مصلحة جزئية في موضع يعارضه فيها قياس عام.

وعند بعض الحنابلة هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من الكتاب والسنة.

وعند أبو الحسين البصري: هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول.

ومن العلماء من قال : إنه التيسير ورفع الحرج.

إذا تقرر هذا أذكر الفرق بين الاستحسان والقياس، والاستحسان والمصلحة المرسلة، والاستحسان وتخصيص العلة، والاستحسان والرخصة.

١- الفرق بين الاستحسان والقياس:

إن القياس هو إظهار حكم واقعة نُص عليها في الكتاب أو السنة أو الإجماع في واقعة أخري لا نص على حكمها لاشتراكهما في علة واحدة.

أما الاستحسان فالواقعة دل على حكمها نص أو إجماع. ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدي إلى تفويت مصلحة،أو جلب مفسدة فيعدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر لدليل يقتضي هذا العدول.

فالقياس مظهر لحكم الأصل في الفرع عند الاشتراك في علة واحدة.

أما الاستحسان فهو يترك حكماً يجب أن يطبق على واقعة ما لضرورة، أو حاجة، أو دليل يقتضي هذا الترك[١].

هل الحكم بالاستحسان أحد حكمين صحيحين ؟ أو أن الاستحسان مسقط لغيره.

وهي المسألة التي يتنازعها موجب القياس والاستحسان، هل تعد مسألة فيها رأيان في المذهب؟

أحدهما: أن الحكم للقياس والآخر أن الحكم للاستحسان ؟ وعلى ذلك يكون الأخذ بحكم الاستحسان أرجح من القياس، ومن عمل بحكم القياس يكون قد أخذ بقول مرجوح، أم أنه لا يوجد فيها

---

(١) راجع أصول الفقه للدكتور/ محمد زكريا للبرديسي ص ٣٢٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/وهبة الزحيلي ص٧٤٠

إلا قول واحد في المذهب، وهو حكم الاستحسان الذي أسـقط القول بالقياس ؟

لو تتبعنا عبارة العلماء في كتب الفقه الحنفي لوجدنا أن اللفظ المذكور في أغلب المسائل الاستحسانية هو " إلا أنا تركنا القياس " والمتروك لا يجوز العمل به .

ومعنى ذلك عدم جواز العمل بالقياس في الموضع الذي أخذ فيه بالاستحسان ، وإذا كان القياس متروكا لايجوز العمل به، كانت المسألة التي يتنازعها بحسب الظاهر موجب القياس والاستحسان، ولا يوجد فيها إلا قول واحد عند الحنفية[1].

وقال السرخسي: إن بعض المتأخرين من أصحابنا ظن أن العمل بالاستحسان أولى مع جواز جواز العمل بالقياس في موضع الاستحسان وهذا وهم عندي، فإن اللفظ المذكور في عامة الكتب إلا أنا تركنا هذا القياس والمتروك لا يجوز العمل به، وربما قيل إلا أنى استقبح ذلك ، وما يجوز العمل به شرعاً يكون استقباحه كفراً، فعرفنا أن القياس متروك في معارضة الاستحسان أصلاً ، وأن الأضعف يسقط في مقابلة الأقوى[2] أهـ.

---

(1) راجع التلويح جـ٢ ص ١٦٣، أصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة ص ٢٥١

(2) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠١

حكم تعارض القياس الظاهر مع الاستحسان القياسي:

درج علماء الأصول من الحنفية على تقسيم القياس إلى قياس ضعف أثره ، وإلى قياس ظهر فساده وخفيت صحته، وقسموا الاستحسان القياسي إلى استحسان قوى أثره واستحسان خفي فساده وظهرت صحته[1].

وعند التعارض يقدم الاستحسان قوى الأثر على القياس ضعيف الأثر، ويقدم القياس الظاهر الذي ظهر فساده، وخفيت صحته على الاستحسان الذي خفي فساده وظهرت صحته[2].

وحقيقة التعارض واقع بين قياسين الأول ظاهر والثاني خفي والترجيح يدور حول قوة العلة وأثرها في الحكم، فالقياس الظاهر ينقسم إلى قياس ضعفت علته في مقابلة قياس خفيت علته أقوي تأثيرا في الحكم فيترجح العمل بالقياس الخفي .

والقسم الثاني للقياس الظاهر هو قياس ظهر فساده، وخفيت صحته في مقبلة قياس خفي ظهرت صحته وخفي فسادة. والمراد بخفاء الصحة في القياس الجلى بأن ينضم إلى وجه القياس معنى دقيق يورثه قوة ورجحانا على وجه الاستحسان في القياس الخفي فيترجح القياس

---

(1) راجع فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص ٣٢٢، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠١ وما بعدها ، أصول الفقه للخضري ص ٤١٤ ط دار المعارف للطباعة – تونس.

(2) راجع التلويح جـ٢ ص ١٦٣، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٢ وما بعدها

الظاهر الذي خفيت صحته على الاستحسان لضعف علته، وقوتها في القياس الظاهر[1].

٣- الفرق بين الاستحسان والمصالح المرسلة :

يرى جمهور المالكية أن هناك فرقا بين الاستحسان والمصلحة المرسلة حيث إن الاستحسان عندهم استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض أجزائه، في حين أن المصالح المرسلة تكون حيث لا يكون دليل سواها، فحيث لا يكون في الموضوع قياس فيه حمل على نص، تكون المصلحة المرسلة هي الدليل وحدها، أما إذا كان في الموضع قياس وحصل أن طرد القياس يوقع في مشقة أو حرج أو يدفع مصلحة، فإنه يترك القياس استحسانا لجلب المصلحة، ودفع المشقة والتوسعة.

إذا الفارق بينهما ينحصر في أن الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان مخالفا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد لرعاية المصلحة.

أما المصلحة المرسلة فينبغي أن لا تكون مخالفة لقياس يعارضها بل لا بد أن تكون المصلحة فيها هي الدليل الوحيد.

---

(١) راجع نظرية الاستحسان رسالة ماجستير لأسامة الحموي ص ٥٧ وما بعدها ط دار الخير — دمشق.

يقول الشيخ أبو زهرة : ومعنى هذا الكلام أن الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الأجزاء، أما المصالح المرسلة فإنها تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها[1] أهـ.

ويرى بعض المالكية كالشاطبي وابن العربي وغيرهما إلى أنه لا فرق بين الاستحسان ، والمصالح المرسلة. وهذا يتفق مع رأى من ينكر المصالح المرسلة[2].

يقول الشاطبي: فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا : نعم إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة[3].

وأرى أن هناك فرقا بين المصلحة المرسلة والاستحسان، لأن المصلحة لا توجد إلا إذا لم يكن هناك دليل سواها بخلاف الاستحسان فهو ثابت بدليل لكن خولف هذا الدليل لدفع مشقة أو لرفع حرج.

٣- الفرق بين الاستحسان وتخصيص العلة :

زعم بعض العلماء أن الاستحسان من باب تخصيص العلة إلا أن حقيقة الأمر ليست كذلك، لأن انعدام حكم القياس في صورة الاستحسان المقابلة سببه هو انعدام العلة، ومثال ذلك أن موجب نجاسة سؤر سباع

---

(١) أصول الفقه الشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٢) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣ وما بعدها، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، حاشية البناني على شرح المحلي جـ٢ ص ٣٥٣.

(٣) راجع الاعتصام جـ٢ ص ٣٢٤

الوحش هو الرطوبة النجسة في الآلة الشاربة ، ولم يوجد ذلك في سباع الطير فانتقض الحكم لذلك[1].

قال صاحب التلويح : إن إثبات الحكم بطريق الاستحسان ترك للقياس بدليل أقوي منه ، هو ليس من تخصيص العلة بمعنى انتفاء الحكم المانع من تحقق العلة لوجهين:-

أحدهما : أن القياس بل الوصف فيه ليس بعلة عند وجود المعارض الأقوى لما سبق من أن شرط القياس أن لايعارضه دليل أقوى منه، فانتقاء الحكم في صورة القياس مبني على عدم العلة لا على تحقق المانع مع وجود العلة.

ثانيهما : أن العلة في القياس مايلزم من وجودها وجود الحكم بدليل الإجماع على وجوب تعدية الحكم إلى كل صوره توجد فيها العلة من غير تقييد بعدم المانع فكل مالايلزم من وجوده الحكم بل يتخلف عنه ولو لمانع يكون علة، ولما كان هذا الوجه صالحا لأن يجعل دليلا مستقلا على بطلان العلة[2]. أهـ.

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٤، التلويح جـ٢ ص ١٧١، نسمات الأسحار ص ١٥٥ ط دار الكتب العربية — مصر.

(2) راجع التلويح جـ٢ ص ١٧٠ وما بعدها.

٤- الفرق بين الاستحسان والرخصة:

الرخصة في اللغة: هى السهولة والتيسير يقال: رخص السعر إذا سهل وتيسر، وهى ضد الغلاء، فرخصة الله لعباده تسهيله عليهم، والرخصة في الأمر التخفيف فهي خلاف التشديد[١].

الرخصة في الاصطلاح: عرفت بتعريفات كثيرة عند الأصوليين، وسنتعرض لتعريفها، وذلك من أجل بيان الفرق بينها وبين الاستحسان. خصوصا وأن الاستحسان كما قال بعض الأصوليين هو نوع من الترخيص.

عرفها الإمام الغزالى فقال : ما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم[٢].

وعرفها الشاطبي فقال: هى ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه[٣].

وعرفها بعض العلماء فقال: هي ما ثبت ثانيا مبنيا على أعذار العباد: أو يقال هي: الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر. وعرفها بعض الشافعية فقال: هي ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام المحرم، لولا العذر لثبتت الحرمة في حقه[٤].

---

(١) راجع مختار الصحاح ص ٢٣٨ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ١ ص١٨٨.

(٢) راجع المستصفي جـ١ ص ٩٨

(٣) راجع الموافقات جـ١ ص ٣٠١

(٤) راجع فواتح الرحموت وشرحه جـ١ ص ١١٦، الإحكام للآمدي جـ١ ص ١٨٨

من هذه التعريفات تبين لنا أن الرخصة تدور حول أمرين هما:

الأول: وجود العذر، وهو المشقة والحاجة أو الإكراه أو الضرورة، فالمشقة والحاجة هي العذر المبيح لرخصة الإفطار للمسافر والمريض، والإكراه هو العذر المبيح لرخصة النطق بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، والضرورة هي المبيحة لرخصة تناول المضطر للميتة، ورؤية الطبيب عورة المرأة لعلاجها.

الثاني: بقاء سبب الحكم الأصلي قائما فالمكلف يجوز له العمل بحكم الرخصة في موضع مع بقاء الحكم الأصلى.

فالرخصة ليست الحكم الأصلى بل حكم جاء مانعا من استمرار الحكم الأصلي، والترخيص يقتضي الجواز، وهذا يعني أن المكلف مخير بين الأخذ بالعزيمة أو الأخذ بالرخصة، ولوجود الحكمين في المسألة وهما حكم العزيمة وحكم الرخصة.

وهنا يتجلى لنا الفرق بين الاستحسان والرخصة وهو. أن العمل بحكم الاستحسان يلغي الحكم الأصلي المقابل له، لأن حكم القياس المعدول عنه إلى الاستحسان أصبح متروكا.

أما الرخصة فالمكلف مخير بين العمل بالرخصة أو الأخذ بالعزيمة التى هي الحكم الأصلي، أى أن العمل بالرخصة جائز مع بقاء الحكم الأصلى قائما[1].

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠١، التلويح جـ٢ ص ١٦٣ ومابعدها، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ص ٧٥ وما بعدها.

قال الشاطبي: ومن الاستحسان أيضا : الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وقصر الصلاة والفطر للمسافر، وسائر الترخيصات التي على هذا السبيل، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار الحال في جلب المصالح ودرء المفاسد حيث كان الدليل العام يقتضي المنع، ذلك لأنا لو أبقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان الواجب مراعاة ذلك المآل إلى اقصاه ، ومثله الاطلاع على العورات في التداوي، والقرض، والمسقاة، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع، وأشياء من هذا القبيل كثيرة[1]أهـ.

وقد عبر السرخسي عن هذا المعنى في تعزيفه للاستحسان حين قال: " إنه ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس، وقيل إنه طلب السهولة في الأحكام والأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، ثم قال وأخيرا هو ترك العسر لليسر[2].

وعبر ابن العربي عن ذلك في تعريفه للاستحسان حيث قال: " إنه ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته.

إلا إنني أرى أن ما ذكره بعض الأصوليين من أن سائر الترخيصات تندرج في مفهوم الاستحسان، لابد وأن يحمل على محمل التجوز، أى

---

(1) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٧

(2) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

لعلهم قصدوا بالرخصة معناها اللغوي وهو التيسير والتسهيل ورفع الحرج عن الناس.

لأن الترخيص يقتضي التخيير للمكلف بين العمل بالحكم الأصلي العزيمة، أو العمل بحكم الرخصة، أما حكم الاستحسان بعد ثبوت دليله فإنه يلغي جواز العمل بالحكم الأصلي المقابل له. كما أن الرخصة تعتبر استثناء من أصل كلي أو قاعدة. فإن الاستحسان ينفرد عنها فيما ليس استثناء، وذلك في الاستحسان القياسي لأن حقيقته راجعة إلى الترجيح بين الأقيسة المتعارضة، وأن المرجع فيه إلى قوة الدليل ودقته لا إلى الحاجة والتيسير[1].

---

(1) راجع نظرية الإباحة للدكتور / محمد سلام مدكور ص ٤٢٦ وماعدها ط دار النهضة العربية ، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ص ٧٦ وما بعدها.

المبحث السادس
في
أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان
في الفقه الإسلامي

تمهيد

إذا كان استنباط الأحكام الشرعية متوقفة على علم أصول الفقه تبين أن هناك تلازما وثيقا بين الفقه والأصول، يظهر أثره عند تطبيق المستنبط للحكم الشرعي، سواء على نفسه أم على غيره.

ولذلك يقول الإمام الشاطبي – رحمه الله – كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروع فقهية، أو آداب شرعية، أو تكون عونا في ذلك، فوضعها في أصول الفقه عارية [1]. أهـ.

هذا ولقد ترتب على خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان وعدمه خلافهم في كثير من المسائل الفقهية، ونحن بدورنا نذكر بعض هذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر هاك بعضا منها.

(١) راجع الموافقات جـ١ ص ٤٢

المسألة الأولى
في
شرط الخيار لغير المتعاقدين

اتفق الفقهاء على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشـــتراط الخيار للأجنبي- أي لشخص غير العاقدين - والخلاف علـــى مذهبيـن أذكرهما فيمايلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية عدا زفر- والمالكية وبعض الحنابلـــة ونقـل عـن الشافعي في أحد قوليه وهم يرون أن اشتراط الخيار لغير العاقدين يجـوز ويصح البيع ويلزم الشرط استحسانا.

جاء في الهداية : ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره. فأيـــهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض[1]أهـ .

وجاء في بداية المجتهد : واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي، فقال مالك يجوز ذلك،والبيع صحيح[2] أهـ.

---

(١) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـــ٦ ص ٣٢٠، ومثله في بدائع الصنائع جـــ٥ ص ١٧٤

(٢) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٢١٢

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن شرط الخيار لأجنبي صح، وكان اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره[١]أهـ.

وجاء في المجموع قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع، فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران أصحهما باتفاق الأصحاب يصح البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي- رحمه الله – [٢] أهـ .

المذهب الثاني:

وعليه الإمام الشافعي في قوله الصحيح، والقاضي من الحنابلة، وزفر من الحنفية. وأصحاب هذا المذهب يرون عدم صحة شرط الخيار لغير العاقدين .

جاء في المهذب: وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان. أحدهما لا يصح[٣]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : قال القاضي إذا أطلق الخيار لفلان، أو قال لفلان دوني لم يصح[٤] أهـ.

وجاء في الهداية، وفي القياس: لا يجوز وهو قول زفر[٥]أهـ.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠

(٢) راجع المجموع جـ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٣) راجع المهذب جـ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠

(٥) راجع الهداية جـ٦ ص ٣٢٠

الأدلــة

١- **دليل المذهب الأول**: استدل أصحاب المذهب الأول القـــائل بجـواز اشتراط الخيار لغير العاقدين بالاستحسان.

وجه الاستحسان: أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شـــرعيته لاستخلاص الرأى ، وقد يكون الإنسان يعلم من نفســه قصــور الــرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه، وجودة رأيــه، ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحة ، لأن الاحتياج إليه صار كالاحتياج إلى نفـــس الخيار[١].

٢- **دليل المذهب الثاني**: استدل أصحاب المذهب الثاني القائل. بعـــدم صحة الخيار لغير العاقدين. فقالوا: إن الخيار من مواجب العقد، وحكـــم من أحكامه، فلا يثبت لغير العاقدين. كاشتراط الثمن على غير المشـتري، وكذلك الخيار لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين، فلا يكـــون لمــن لاحظ له فيه[١].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريـــق يتبيـــن لنـــا أن الراجح هو المذهب الأول القائل : بجواز اشتراط الخيار لغير العــــاقدين استحسانا لحاجة الناس، ودفعا للحرج عنهم.

---

(١) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـــ٦ ص ٣٢٠ وما بعدها، بدائع الصنائع جـــ٥ ص ١٧٤ ، العنايـــة علـــى الهداية جـــ٦ ص ٣٢٠

المسألة الثانية

قبض الهبة بغير إذن الواهب

القبض في الهبة عند الحنفية والشافعية شرط صحة للزوم الهبة. حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض.

وعند الإمام أحمد: القبض شرط لصحة الهبة إذا كان الموهوب مما يكال أو يوزن.

وعند المالكية: لا يشترط القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط لتمامها. بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب.

واتفق الفقهاء – عدا المالكية- على أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد، فلأن يكون في الهبة أولى، فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضا[٢].

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠، المجموع شرح المهذب جـ٩ ص ٢١٠

(٢) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٢٣، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير جـ٩ ص ٢١، مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص ٣٧٩، بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٢٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠٤، المغنى لابن قدامة جـ٦ ص ٤٤.

واختلفوا فيما إذا لم يأمره بالقبض، ولم ينهه، فإذا قبض الموهوب له الهبة هل يصح القبض أم لا ؟ والخلاف على مذهبين هاك بيانهما.

المذهب الأول:

وعليه الشافعية والحنابلة وهم يرون أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب مطلقا سواء قبضها في مجلس العقد أم بعده.

جاء في مغني المحتاج ، ولابد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه إن لم يقبضه الواهب، سواء أكان في يد المتهب أم لا، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه، دخل في ضمانه .سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده[1] أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة. والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض[2]أهـ.

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص ٣٧٩.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية وهم يرون أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز استحسانا، وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن الواهب في القبض(١).

الأدلة

١- دليل المذهب الأول القائل: بعدم جواز قبض الهبة بغير إذن الواهب فقالوا : إن التسليم غير مستحق على الواهب، كما أن القبض غير مستحق للموهوب له، فلا يصح التسليم والقبض بغير إذن الواهب قياسا على أخذ المشتري المبيع من البائع قبل دفع الثمن ، فلا يصح إلا بإذن البائع ، ولو استقل بأخذه كان من ضمانه، وذلك سواء في مجلس العقد أم خارجه .

وقالوا : إن وجه القياس أن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه(٢).

٢-دليل المذهب الثاني القائل: بجواز قبض الهبة بغير أمر الواهب وفرقوا بين القبض في مجلس العقد وفي غيره. استدلوا بالاستحسان .

---

(١) راجع العناية مع الهداية حـ٩ ص ٢١، بدائع الصنائع حـ٦ ص ١٢٤ وما بعدها.

(٢) راجع المغني لابن قدامة حـ٦ ص ٤٦، مغني المحتاج حـ٢ ٤٠٠، المجموع شرح المهذب حـ٥ ص ٣٧٩، الهداية حـ٩ ص ٢١ وما بعدها.

وجه الاستحسان:

أن القبض في الهبة بمنزلة القبول من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه، وهو الملك. والمقصود من عقد الهبة إثبات الملك فيكون الإيجاب من الواهب تسليطا للموهوب له على القبض، فكان إذنا دلالة. وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه إلحاقا له بالقبول، والقيد يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به[1].

هذا وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني- وهم الحنفية – وذلك لأن قصد الواهب من الهبة تمليك الشئ الموهوب للموهوب له. فصار الإيجاب منه دلالة بالإذن بالقبض، كما أن الواهب لو لم يرد الإقباض فله أن ينهي الموهوب له عن قبض الشئ الموهوب ويسترده منه.

---

(١) راجع الهداية مع العناية جـ٩ ص ٢٢وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٢٤، الفقه الإسلامي للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٥ ص ٢٠ ومابعدها ط دار الفكر.

المسألة الثالثة
في
شركة المفاوضة

تعريف المفاوضة لغة :

للمفاوضة في اللغة معاني متعددة، فقيل إنها مشتقة من التفويض، لأن كل واحد من الشريكين يفوض إلى الآخر أمر التصرف في مال الشركة، ومن هذا قوله تعالى:﴿ **وأفوض أمري إلى الله إن الله بصير بالعباد**﴾[1].

وقيل: هي مشتقة من الفوض بمعنى الانتشار، يقال فاض الماء إذا انتشر فلما كان هذا العقد مبنيا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات وفي عموم التجارة سمي مفاوضة.

وقيل: هي المساواة، وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف.

والراجح أنها مشتقة من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم وانتشر[2].

---

(١) سورة غافر من الآية ٤٤

(٢) راجع تاج العروس جـ٥ ص ٣٤٦، المصباح المنير جـ٢ ص ٤٨٥، مختار الصحاح ص ٥١٤، فتح القدير جـ٦ ص ١٥٦، القاموس المحيط جـ٢ ص ٣٥٣ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

تعريف المفاوضة في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريفها وسأذكر بعض هذه التعريفات حتى يتبين لنا هل هي جائزة أم لا ؟.

تعريفها عند الحنفية:

هي أن يشترك اثنان أو أكثر وأن يكونا متساويين في رأس مال الشركة. وفي رءوس أموالهم الخاصة ، ولهم الحق في إدارتها بالتساوي. ولابد من تحقق هذه الشركة عندهم من عدة شروط فليرجع إليها من شاء[1].

قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل واحد منها أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق[2]. أهـ.

تعريفها عند المالكية:

هي أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله. مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات[3].

---

(١) راجع المبسوط جـ١١ ص ١٥٢، فتح القدير جـ٦ ص ١٥٦، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

(٢) راجع الهداية جـ٦ص١٥٦

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٧١، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ٦ ص ٤٤

قال في الشرح الكبير. ثم إن أطلقا التصرف. بأن جعله كل لصاحبه غيبة، وحضورا. في بيع وشراء، وكراء واكتراء، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة وإن بنوع — كالرقيق- فمفاوضة[1]. أهـ.

تعريفها عند الحنابلة:

هي أن يشتركا في جميع الأنواع مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك[2].

تعريفها عند الشافعية:

هي أن يشتركا ليكون بينهما كسبهما بأموالهما وأبدانهما، وعليهما ما يعرض من غرم، سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد[3].

التعريف المختار:

يتضح مما سبق أن تعريف الحنفية قد جاء مستوعبا لكل ما يصح شرعيتها، ويفيد جوازها، غير أن شروط هذه الشركة عند الحنفية تجعلها نادرة الوقوع.

هذا وبعد تعريف شركة المفاوضة اختلف العلماء في جوازها على مذهبين:

---

(١) راجع الشرح الكبير على مختصر خليل حـ٣ ص ٣٥٢

(٢) راجع المغني لابن قدامة حـ٥ ص ٢٢

(٣) راجع المجموع شرح المهذب حـ١٤ ص ٧٤، معني المحتاج جـ٢ ص ٢١٢.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، وهم يــــرون أن شـــركة المفاوضة جائزة وأن اختلفوا في معناها وشروطها(١).

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة والشيعة وهـــم يـــرون عدم جواز شركة المفاوضة بل أنكروها إنكارا تاما حتـــى قـــال الإمـــام الشافعي. وشركة المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئا من الدنيا باطلا إن لـــم تكن شركة المفاوضة باطلة(٢).

---

(١) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٦ ص ١٥٧، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٦٠، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٥١، المغني لابن قدامة جـ٥ص ٢٢.

(٢) راجع المجموع شرح المهذب جـ١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج جـ٢ ص ٢١٢، الأم جـ٣ ص ٢٠٦.

الأدلـــة

١- أدلة المذهب الأول:

استدل الحنفية ومن معهم على جواز شركة المفاوضة بالاستحسان ووجـه هذا الاستحسان ما يلى:

أ - قوله ﷺ "فاوضوا فإنه أعظم للبركة"[١].

وجه الدلالة:

فإن في الحديث توجيه من سيدنا رسول الله ﷺ ، وهو يدعو إلى الإحسان في نوع التعامل المعروف لتعظم البركة فيه ، ويزاد اليمن ففـي هذا الحديث إقرار لشركة المفاوضة ودعوة إلى الإحسان فيها[٢].

ب- إن الناس تعاملوا بها من غير نكير، كما أنها تتضمن أمرين جـائزين هما الوكالة والكفالة ، وتجوز كل واحدة منهما حال الانفراد فكذلـك في حالة الاجتماع، ثم إن شركة المفاوضة من طرق استنماء المـال

---

(١) هذا الحديث ذكره الزيلعي بدون إسناد وقال : عنه غريب، وأخرجه ابن ماجة في سننه من طريق صالح عن صهيب عن أبيه بلفظ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمقاوضة واخلاط السبر بالشعير للبيت لا للبيع" وقال ابن ماجة في إسناده صالح بن صهيب مجهول (راجع نصب الراية جـ٣ ص ٤٧٥ كتاب الشركة، سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٧٦٨ كتاب التجارة- باب الشركة والمضاربة حديث رقم ٢٢٩٨).

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٦ ص ١٥٧

أو تحصيله، والحاجة إلى ذلك متحققة فكانت شركة المفاوضة جائزة كشركة العنان[1].

دليل المذهب الثاني: على عدم جواز شركة المفاوضة استدلوا بالقياس.

ووجه القياس:

أن شركة المفاوضة تشتمل على الوكالة بمجهول الجنس، والكفالة بمجهول وكل ذلك فاسد على الانفراد، لأنها تشتمل على أنواع من الغرر، وواحد منها يكفي لبطلانها فكيف إذا اجتمعت فهي قمار، أو أشد منه[2].

أجيب عن ذلك:

بأن الجهالة متحملة لأنها إنما تثبت تبعا، والتصرف قد يصح تبعا، ولا يصح مقصودا. كما في المضاربة فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام، كما أن شركة المفاوضة لا غرر فيها لأن الشركاء اتفقوا على أن يلتزم كل منهم بما يلزم الآخر بالتساوي[3].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن شركة المفاوضة جائزة لأن نصوص الشريعة ليس فيها ما يدل على

(١) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨، الهداية وشروحها جـ٦ ص ١٥٨

(٢) راجع المجموع جـ١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج ص ٢١٢، الأم جـ٣ ص ٣٠٦

(٣) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٦ ص ١٥٨، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

تحريمها وليس الغرر محقق فيها، وليس فيها استغلال شريك لآخـــر لأن كل من الشركاء راض بأن يلتزم بالحقوق التي يلتزم بها شريكه.

المسألة الرابعة
في
إقرار الوكيل بالخصومة

إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله. هل يلزم إقراره الموكل أم لا ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والمالكية والحنابلة وزفر من الحنفية ونسب إلى ابن أبي ليلى، وأصحاب هذا المذهب يرون أن إقرار الوكيل على الموكل بقبضه الحق المدعى به، أو نحوه كتسليم وكيل المدعى عليه بحق الخصم فيما ادعاه لا يقبل إقراره، ولا يلزم الموكل سواء كان الإقرار في مجلس القاضي أو غير في مجلسه[1].

جاء في الأم: وإذا وكل الرجل بوكالة ، ولم يقل له في الوكالة إنه وكله بأن يقر عليه، ولا يصالح، ولايبرئ، ولا يهب، فإن فعل فما فعل من ذلك كله باطل[2]أهـ.

وجاء في بداية المجتهد: واختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة. هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك لايتضمن[3]أهـ.

---

(١) راجع الأم جـ٣ ص ٢٠٧، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٧٨، المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٧٢، العناية مع فتح القدير جـ٨ ص ٢٠٧

(٢) راجع الأم جـ٣ ص ٢٠٧

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٩٧

وجاء في المغني لابن قدامة: إذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره[1]أهـ.

المذهب الثاني: وعليه –أبو حنيفة ومحمد من أصحابه–رحمهم الله تعالى–:

وهما يرون أن الوكيل إذا أقر في مجلس القاضي جاز إقراره، ولزم موكله، وإن أقر في غير مجلسه لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء.

جاء في الهداية : وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه مطلقا[2]. أهـ.

الأدلة

١– دليل المذهب الأول:

القائل بعدم قبول إقرار الوكيل على موكله. فقالوا إن الوكيل مأمور بالخصومة، والخصومة حقيقتها المنازعة بينما الإقرار يعتبر مسالمة ومساعدة في وصول الخصم إلى الحق المتنازع عليه فهما

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٧٢

(٢) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٨ ص ١١٤، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٤

متضادان، والأمر بالشئ لا يتناول ضده[1]. بدليل عدم ملكيته الصلح والإبراء لتضاد هذه الأفعال معنى الخصومة.

وأيضا لصحة استثناء الإقرار في الخصومة، فلو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه[2].

٣- دليل المذهب الثاني:

القائل ، بقبول إقرار الوكيل عند القاضي لا غير، ويلزم الموكل ما أقر به، ولا يلزم عند غيره- ويخرج من الوكالة- استدلوا بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه، وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، وما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للإنكار، والإقرار جميعا دون أحدهما عينا وطريق المجاز بين الخصومة، ومطلق الجواب موجود في هذه المسألة، فينصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب تحريا لصحة كلام الموكل، لأن كلام العاقل يصان عن الإلغاء.

---

(١) بل الراجح أن الأمر بالشئ نهي عن ضده (راجع المستصفي جـ١ ص ٩٨

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٧٢، الأم جـ٣ ص ٢٠٧، الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٨ ص ١١٤، بدائع الصنائع جـ٦ ص٢٤

والتوكيل يتناول جوابا يسمي - خصومة حقيقة أو مجازا- والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة، أو لأنه سبب له، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق، وهو الجواب في مجلس القضاء ، فيختص به. وما كان في غير مجلس القضاء فليس بخصومة لا حقيقة ولا مجازا، إذ الإقرار خصومة- مجازا- من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء، فلا إقرار يكون خصومة مجازا في غيره، فلا يتناوله الجواب الموكل به[1].

استدل أبو يوسف على قوله : بقبول إقرار الوكيل على الموكل مطلقا . إن الوكيل قائم مقام الموكل، فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء، فكذلك إقرار نائبه، وهو الوكيل فيقبل إقراره عليه مطلقا[2].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح لا يصح إقرار الوكيل بالمدعي الأصلي الموكل على إثباته أساسا، بخلاف ما يظهر من وجوه أثناء الخصومة فيصح إقراره بها وهذا بالنسبة لوكيل المدعي، أما للوكيل من قبل المدعي عليه لا يصح إقراره بالمدعي عليه إن كان متحدا وإلا جاز إقراره بالبعض.

---

(١) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٦ ص ١١٧، العناية على الهداية جـ٨ ص ١١٧ ، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٤

(٢) راجع المراجع السابقة .

المسألة الخامسة

في

ردة الزوجين معا

إذا تزوج مسلم بمسلمة، وبعد زواجهما ارتدا معا، فهل يبقى النكاح على حاله أم أنه ينفسخ ؟.... وهل الحكم قبل الدخول كالحكم بعد الدخول .

اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية والإمامية وأصحاب هذا المذهب يرون أن ردة الزوجين معا إذا كانت قبل الدخول ينفسخ النكاح في الحال، وإذا كانت بعد الدخول توقفت الفرقة على انقضاء العدة كالقول في ردة أحدهما(١).

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية -عدا زفر- وهو رواية عن أحمد وهو مذهب الزيدية وأصحاب هذا المذهب يرون أن الزوجين إذا ارتدا معا بقي النكاح استحسانا(٢).

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٣ ص ١٩٠، والإقناع جـ٣ ص ٢٠٤، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٧، الهداية مع فتح القدير جـ٣ ص ٤٣٠، جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام جـ٣ ص ٣٧ ط أنصار السنة المحمدية.

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٣ ص ٤٣٠ وما بعدها، المبسوط جـ٥ ص ٤٩، المغني لابن قدامة جـ٧ص٥٦٤، الفواكه الدواني جـ٢ ص ٤٩ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده — بمصر.

الأدلـــة

أولا: **أدلة المذهب الأول:** القائلين بالتفريق بين الدخول وعدمـــــه اســـتدلوا بمايلي

١- إن الردة طرأت على النكاح فوجب أن يتعلق بها وقوع الفرقة قياســا على ردة أحدهما[١].

٢- إن كل مازال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معــه كماله، واستباحة دمه[٢].

٣- إن في ردة الزوجين معا ردة أحدهما وزيادة فإذا كانت ردة أحدهمـــا منافية للنكاح فردتهما أولى بالبينونة [٣].

ثانيا: **أدلة المذهب الثاني:** القائلين بأن النكاح لا ينفسخ استحسانا. ووجــه الاستحسان المنقول والمعقول .

فمن المنقول:

ما روي أن بني حنيفة [٤] ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكـــر الصديق ﷺ ولم يأمرهم بتجديـــد الأنكحـــة بعد التوبة ، ولا أحد مــــن الصحابة – رضى الله عنهم – فحل ذلك محل الإجماع[١].

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـــ٧ ص ٥٦٤

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع تبيين الحقائق جـــ٢ ص ١٧٨ ط دار المعرفة — بيروت — لبنان فتح القدير جـــ٣ ص ٤٣١، بدائع الصنائع جـــ٢ ص ٣٣٧، المبسوط جـــ٥ ص ٤٩

(٤) وهي ديار تنسب لبني زيد بن ثعلبة الحنفيين باليمامة وقاتلهم خالد بن الوليد على رأس جيش وانتصر عليهم (راجع الأعلام جـــ٧ ص ٢٢٦، معجم البلدان جـــ٢ ص ١١٠ط دار صادر بيروت– لبنان.

ومن المعقول بما يلي:

إن الزوجين إذا ارتدا معا لم يختلف لهما دين ، ولا دار فيبقى ما كان على ما كان كما إذا أسلم الكافران[2].

أ - إن ردة الزوجين معا وإسلامهما معا. دليل الموافقة كما هو مقتضى النكاح بخلاف ردة أحدهما، وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما، والموافقة على الارتداد ظاهرة في انتظامهما بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره[3].

٢- هذا وبعد عرض ما قاله الفقهاء، وأدلة كل قول يتبين لنا أن القول الراجح والأولى بالقبول هو القول الثاني القائل بأن ردة الزوجين معا لا تفسخ النكاح وهو استحسان من الحنفية لأنه لم يوجد من الزوجين اختلاف دين ولا دار فبقي ما كان على ما كان، كما أننا لو ألزمناهم بتجديد الأنكحة لكان في ذلك مشقة، ولكان ذلك تنفيرا لهم عن الرجوع إلى الإسلام.

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ٣ ص ٤٣١، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٨، المبسوط جـ٥ ص ٤٩

(٢) راجع البحر الزخار جـ٦ ص ٤٢٦ الناشر دار الكتاب الإسلامي.

(٣) راجع تبيين الحقائق جـ٢ ص ٨٧٨، فتح القدير جـ٣ ص ٤٣١.

المسألة السادسة
في
حكم قاطع الطريق في المصر

قاطع الطريق هو: الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمنع المارة عن المرور. سواء كان القطع من جماعة أو من واحد، وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا والحجر والخشب بعد أن يكون له قوة القطع[1].

فمن قطع الطريق في المصر، أو قريبا منه أو في القرى . هل يعتبر قاطع طريق، ويقام عليه حد قطاع الطريق، أو لا يكون قاطع الطريق إلا في الصحراء . اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانها.

المذهب الأول:

وعليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وبعض الحنفية. ونسب إلى الليث والأوزاعي وأبي ثور وأصحاب هذا المذهب يرون أن قطع الطريق يكون داخل المصر وخارجه على حد سواء.

جاء في بداية المجتهد: واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء[2].أهـ

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٠.

(٢) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٤٥٥، ومثله في حاشية الدسوقي على الشرح الكبيرجـ٤ ص ٣٤٨

وجاء في الأم: والمحاربون الذين هذه حدودهم- بعد ذكره حد قاطع الطريق - القوم يعرضون بالسلاح للقوم حتى يغصبوهم مجاهرة في الصحاري والطرق، وأرى ذلك في ديار أهل البادية وفي القرى سواء، إن لم يكن من كان في المصر أعظم ذنبا فحدودهم واحدة[1] أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وجملته أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربين لهم شروط ثلاثة :

أحدهما: أن يكون ذلك في الصحراء، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار ، فقد توقف أحمد-رحمه الله -فيهم وظاهر كلام الخرقي. أنهم غير محاربين ، قال وقال كثير من أصحابنا هو قاطع حيث كان [2] أهـ.

وجاء في بدائع الصنائع : أن يكون في غير مصر فإن كان بمصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهارا أو ليلا، وسواء كان بسلاح أو غيره. وهذا استحسان، وهو قولهما. والقياس أنه يجب وهو قول أبي يوسف[3] أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة ومن أصحابه محمد بن الحسن وبعض الحنابلة ونسب إلى الثوري وإسحاق وأصحاب هذا المذهب يرون أن لا يكون

---

(١) راجع الأم جـ٦ ص ١٥٢ ومثله جاء في مغني المحتاج جـ٤ ص ١٨١

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤

(٣) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢ ومثله جاء في المبسوط جـ٩ ص ٢٠١

قطع الطريق إلا في الصحراء، ولا يكون في المصر ولا في القرب منه ولا في القرى[1].

جاء في الهداية: ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر أو بين الكوفة والحيرة. فليس بقاطع طريق[2]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: والمحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة[3]أهـ.

الأدلة

١- أدلة أصحاب المذهب الأول:

القائلين بأنهم قطاع طرق حيثما كانوا استدلوا بالكتاب والقياس والمعقول إليك بيان هذه الأدلة:

دليلهم من الكتاب قوله تعالى:﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾[4].

---

(١) راجع المبسوط جـ٩ ص ٢٠١، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٤٣١

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤

(٤) سورة المائدة الآية ٣٣

وجه الدلالة:

أن الآية عامة تتناول كل محارب سواء كان في المصر أو في الصحراء وحيث لم تفرق بينهما وجب الحد على من قطع الطريق في المصر وهو المدعى[1].

دليلهم من القياس:

ووجه أنه إذا تحققت الشروط فيمن قطع الطريق في المصر وجب عليه حد قاطع الطريق. قياسا على من قطعه في الصحراء ، بل هو أولى لأنه إذا وجب عليهم هذا في الصحراء وهو موضع الخوف. فلأن يجب في المصر وهو موضع الأمن أولى، لعظم جرأتهم، وعظم إخافتهم، وكثرة ضررهم[2].

جـ- دليلهم من المعقول:

قالوا إن محاربة شرع الله ﷻ، وتعدي حدوده، لا يختلف تحريمها بكونها خارج المصر أو داخله كغيرها من سائر المعاصي من زنا وشرب خمر وغيرهما . إلا أن الشافعية قالوا يشترط في قاطع الطريق أن يكون له شوكة أى قدرة وقوة مغالبة لغيره، والمغالبة إنما تأتي بالبعد عن العمران بحيث لو قال الشخص ياغوثاه أغاثه الناس، وتوجد المغالبة في المصر أيضا حال ضعف السلطان[3].

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤، مغني المحتاج جـ٤ ص ١٨١، الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٤٣١.

(٢) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢، المبسوط جـ٩ ص ٢٠١

(٣) راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٦ ص ١٣٤ وما بعدها.

٣- دليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب القائلون بأن قطع الطريق لا يكون إلا في الصحراء ولا يكون في المصر بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن القطع لا يحصل بدون الانقطاع، والطريق لا ينقطع في الأمصار وفيما بين القرى، لأن المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب، كما أن الناس يغيثون المقطوع عليه في كثير من الأحيان فكان القطع في المصر بالغصب أشبه، فعليه التعزير ورد ما أخذ من مستحقة ، وهذا ظاهر الرواية عند الحنفية لكن المفتي به خلافة أي أن المفتي به هو رأي أبي يوسف الذي يقضي بأن الحرابة تقع في المصر ليلا ونهارا ، بسلاح أو بدونه دفعا لشر المتغلبة والمفسدين[1].

جاء في بدائع الصنائع وقيل : إنما أجاب أبو حنيفة - عليه الرحمة - على ما شاهده في زمانه. لأن أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح: فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر ، والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجري عليهم الحد. وعلى هذا قال أبو حنيفة- رحمه الله - فيمن قطع بين الحيرة والكوفة- أنه لا يجري عليه

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٤٣١ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢، المبسوط جـ٩ ص٢٠١، المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي جـ٦ ص ١٣٤ .

الحد لأن الغوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصالـــه بـــالمصر. والآن صار ملتحقا بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق[1]أهــ.

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقـــان يتبيـــن لنـــا أن الراجح ما عليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بأنه يثبـــت قطـــع الطريق داخل المصر وخارجه على حد سواء، لأنه إذا وجب الحد علـــى قاطع الطريق في الصحراء. فمن باب أولى وجوبه على قاطع الطريـــق في المصر لأن الصحراء موضع الخوف، والمصر موضع الأمن فـــإذا تحقق قطع الطريق في المصر دل على عظم جراءتهم، وعظم إخافتـــهم، وكثرة ضررهم. فيطبق عليهم الحد دفعا لشرهم.

(١) راجع بدائع الصنائع جـــ٧ ص ٩٢ومثله جاء في المبسوط جـــ٩ص ٢٠١ وما بعدها.

المسألة السابعة

الاشتراك في السرقة

إذا دخل جماعة الدار فأخذوا متاعا، وحملوه على ظهر رجل منهم أو رجلين، وخرج الباقون من غير حمل شئ، أو دخل جماعة منهم الدار، وأخذوا المتاع، وترصد الباقون لحراستهم. فهل يقطع الحامل للشئ، والداخل في الدار فقط أم يقطع الجميع ؟

اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما :

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعي ومالك وزفر من الحنفية، وأبو ثور وابن المنذر. وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الذي أخرج المتاع وتولى الأخذ فقط.

جاء في الأم : ولو دخل جماعة البيت ونقبوه معا. ثم أخرج بعضهم السرقة ولم يخرجها بعضهم . قطع الذي أخرجها دون الذي لم يخرجها، وكذلك لو كانوا جماعة فوقف بعضهم على الباب، أو في موضع يحميهم فمن أخذ المتاع منهم – قطع الذي أخرج المتاع من جوف البيت ، ولم يقطع من لم يخرجه من جوف البيت[1]أهـ .

---

(١) راجع الأم جـ٦ ص ١٤٩

وجاء في حاشية الدسوقي : ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملا لشئ دون الآخر ، وهم شركاء فيما أخرجوه- لم يقطع منهم إلا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم[١]أهـ.

وجاء في الهداية : والقياس أن يقطع الحامل وحده، وهو قول زفر رحمه الله[٢]. أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الجميع.[٣]

جاء في الهداية : إذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا[٤]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن دخلوا جميعا فأخرج أحدهم المتاع وحده ، فقال أصحابنا القطع عليهم[٥].أهـ.

---

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٣٥ ط عيسى البابي الحلبي وأولاده — مصر.

(٢) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٣) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩، المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

(٤) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٥) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بأن القطع على المخرج فقط بالقياس الظاهر.

وجه القياس:

أن الإخراج قد وجد منه وحده والسرقة تمت به فكان هو السارق وحده، وإنما القطع على السارق فلا يقطع غير المخرج ، وكذلك إذا أخرج كل منهم شيئا لا يجب فيه القطع لا يقطع لأنه لم يتحقق شرط القطع[1].

٢- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن القطع على الجميع استدلوا بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن إخراج المتاع من الحرز- وإن قام به البعض لكنه في المعنى يعتبر من الكل لتعاونهم واشتراكهم فى هتك الحرز إذا المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع، ويتهيأ الباقون للدفاع والحماية. فإذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود[2].

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٧٢، شرح الزرقاني على الموطأ جـ٥ ص ١١٧، الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٢) راجع البناية على الهداية جـ٥ ص ٥٧٩ ط دار الفكر، فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها، العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

جاء في المغني لابن قدامة: أنهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج المتاع فلزم القطع كما لو حملوه جميعا[1]أهـ.

وجاء في الهداية: ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد[2]أهـ.

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح قول أصحاب المذهب الثاني القائل بأن القطع على الجميع، وذلك حتى لا يؤدي الاشتراك إلى الإفلات من العقاب، وتضيع الحقوق وتعطيل الحدود .

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

(٢) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٩٠، العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٧٩

المسألة الثامنة

اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل

اتفق العلماء على أنه إذا اختلف شهود الزنا . فشهد اثنان أنه زني بها في بلد كذا واثنان في بلد كذا، أو أنه زني بها في بيت، وشهد الآخران أنه زنى بها في بيت آخر.

فالاتفاق على أن هذه البينة لا تقبل، ولا يقام على المتهمين الحد، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد الآخران أنه زنى بها فى زاوية أخرى وكانت الزاويتان متباعدتين.

وأما إذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذه الزاوية من البيت، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية أخرى ، وكان البيت صغيرا ضيقا، والزوايا متقاربة. فقد اختلفوا في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي .

المذهب الأول:

وعليه جمهور المالكية والشافعية . وزفر من الحنفية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هذه الشهادة لاتقبل، ولا يثبت بها الحد[1].

جاء في بداية المجتهد: وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لاتختلف لا في زمان ولا مكان ألا ما حكى عن أبي حنيفة من مسألة

---

(1) راجع بداية المجتهد جـ٦ ص ١٣٥، مغني المحتاج جـ٤ ص ١٥١

الزوايا المشهورة، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن البيت يطؤها غير الركن الذي رآها فيه الآخر[1] أهـ.

وجاء في مغني المحتاج : ولو عين شاهد من الأربعة زاوية من زوايا البيت لزناه، وعين الباقون منهم زاوية غيرها لم يثبت الحد[2] أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد – رحمهم الله تعالى – وأصحاب هذا المذهب يرون أنه تقبل هذه الشهادة ويقام عليهما الحد.

جاء في بدائع الصنائع : ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت، وشهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه[3] أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: وإن شهد اثنان أنه زنا بها في زاوية بيت، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية أخرى منه وكانت الزاويتان متقاربتين كملت شهادتهم وحد المشهود عليه[4] أهـ.

---

(1) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ١٣٥

(2) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٥١

(3) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٩

(4) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٧٤

الأدلـــة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

الذين قالوا برد هذه الشهادة وعدم ثبوت الحد بها.

فقالوا : إن الاختلاف في المكان كالاختلاف في الزمان، والاتفـاق على أن الاختلاف في الزمان يؤثر في رد الشهادة فكذلك الاختلاف فـي المكان ، كما أن الاختلاف يورث شـبهة، والحـدود تـدرأ بالشـبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره[١].

جاء في مغني المحتاج لأنهم لم يتفقوا على زنية واحدة فأشبه مـا لو قال بعضهم زنى بالغداة، وبعضهم بالعشي[٢] أهـ.

وجاء في بداية المجتهد : وسبب الخـلاف هـل تلفـق الشـهادة المختلفة بمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان؟ فأجمعوا على أنـها لا تلفق والمكان أشبه شئ بالزمان، والظاهر من الشـرع قصـده إلـى التوثيق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود[٣] أهـ.

وجاء في الرسالة : وأي استحسان في سـفك دم امـرئ مسـلم. وأشار بذلك إلى إيجـاب الحـد علـى المشـهود عليـه بـالزني فـي الزوايا[٤]أهـ.

---

(١) راجع الفقه الإسلامي للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٦ ص ٥٠ وما بعدها.

(٢) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٥١

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ١٣٥

(٤) راجع الرسالة ص ٥٠٥

وجاء في نفائس الأصول : قولهم في شهود الزنى وجب الرجم استحسانا والقياس يقتضي وجوب الحد، فلم يساعدهم دليل شرعي لأنه تعذر إيراد شهادتهم على زنية واحد ، فصار كما لو شهدوا على الزنى في بيوت فإنه لا يثبت الحد اتفاقا، وليس لهم أن يقولوا. استحسان تصديق الشهود، لأن تصديق الشهود لا يقتضي الحد جزما[1] أهـ.

وجاء في المستصفى ردا على القائلين بالاستحسان وتفريعهم هذه المسألة وهذا هوس، لأنا نصدقهم ، ولا نرجم المشهود عليه. كما لو شهد ثلاثة ، وكما لو شهدوا في دور، وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فدرأ الحد بالشبهة أحسن[2].أهـ.

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بقبول الشهادة وإقامة الحد عليهما بالاستحسان

ووجه الاستحسان:

أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير -والكلام فيه- ثم إن تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل، لأن البيت إذا كان صغيرا- والفعل وسطه- فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب- فيقول إنه في الزاوية التي تليه، وعلى هذا يكون اختلافهم صورة لا حقيقة ، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل

---

(١) راجع نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع المستصفى جـ١ ص ١٣٩

واحد، وذلك بغرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية، ثم صار إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل، وذلك ممكن لصغر المكان[1].

جاء في الهداية، وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية، وهذا استحسان. والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة[2].أهـ

وجه الاستحسان:

أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم[3].

وجاء في المغني لابن قدامة : ولنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود، بأن يكون ابتداء الفعل في أحدهما وتمامه في الأخرى ،أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منهما، فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا[4] أهـ.

والظاهر من الكلام السابق أن اختلاف الشهود في المكان لا يؤثر في الشهادة، ولا يورث شبهة فلا يدرأ الحد عن المشهود عليهما عند أصحاب هذا المذهب.

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٢٨٦ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٩، العناية على الهداية جـ٥ ص ٢٨٦

(2) راجع الهداية جـ٥ ص ٢٨٦

(3) راجع المرجع السابق.

(4) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٧٤

هذا وبعد عرض ما قاله الفريقان ، وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بعدم قبول هذه الشهادة ، وعدم ثبوت الحد بها. لأن اختلافهم في مكان أورث شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره.

المسألة التاسعة

تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة

اتفق الفقهاء على أن النية شرط في أداء الزكاة تمييزا لـــها عـــن الكفارات ، وبقية الصدقات. لقول النبي ﷺ " إنما الأعمال بالنيـات " [1]. وأداؤها عمل، ولأنها عبادة كالصلاة فتحتاج إلى نية لتمييز الفرض عـــن النفل .

واختلفوا : فيمن وجبت عليه الزكاة، وتصدق بجميع ماله، ولم ينـو الزكاة هل يسقط عنه الواجب، أو يبقي في ذمته؟
اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه – المالكية والشافعية والحنابلة. وهم يرون أن الإنسان لـــو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة ، كما لو وهبـــه أو أتلفه ، وكما لو كان عليه صلاة فرض فصلـــى مائـــة صـــلاة نافلـــة لا يجزئه[2].

---

(1) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من طريق عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنما الأعمال بالنيات ولكل أمرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيـا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ماهاجر إليه " (راجع صحيح البخاري جـــ٤ ص ٢٨٤ ط نهضة مصـــر ، صحيح مسلم بشرح النووي جـــ١٣ ص ٥٣ ط دار إحياء التراث العربي).

(2) راجع الشرح الصغير جـــ١ ص ٦٦٦ وما بعدها ط دار المعارف- مصر ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٩٥ ط عـالم الفكر- القاهرة، المجموع شرح المهذب جـــ٦ ص ١٨٥، المغني لابن قدامة جـــ٢ص ٥٠٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية، وهم يرون أن الإنسان لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة سقط فرضها عنه استحسانا بشرط ألا ينوي بها واجبا آخر من نذر أو غيره[1].

الأدلــة

استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بعدم سقوط الزكاة عنه فقالوا : إنه لا تسقط عنه لأنه لم ينو بما دفعه الفرض فلم يسقط عنه، وقاسوا ذلك على الصلاة. فإنه لو صلى ما شاء أن يصلى ولم ينو الفرض لا يسقط عنه ما لم يصله بنية الفرض، والصدقة تصلح فرضا وتطوعا فلا بد من التعيين[2].

جاء في المعني لابن قدامة : لو تصدق بجميع ماله تطوعا، ولم ينو الزكاة لم يجزئه ولا يصلح لأنه لم ينو به الفرض فلم يجزئه. كما لو تصدق ببعضه، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو الفرض بها[3] أهـ.

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، العناية على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٣ ص ٨١٠ وما بعدها ط دار الفكر.

(2) راجع المجموع شرح المهذب جـ٦ ص ١٨٥، الشرح الصغير جـ١ ص ٦٦٦ وما بعدها ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٩٥

(3) راجع المغني لابن قدامة جـ٢ ص ٥٠٦

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

وهم الحنفية على مذهبهم القائل : بسقوط فـــرض الزكـــاة عنـــه استحسانا.

ووجه الاستحسان:

أن الواجب جزء من ماله، وهو ربع العشر فكـــان متعينـــا فـــي الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين، لأن الفرض أنـــه دفـــع الكـــل، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدي وسائر الأجزاء، وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب [١].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقيـــن يتبيـــن لنـــا أن الراجح هو قول . جمهور العلماء القائل بعدم سقوط الفرض عنه إن لـــم ينو الزكاة، لأن العبادات جميعها لابد فيها من النية.

---

(١) راجع العناية على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، فتح القدير مع الهداية جـ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/وهبة الزحيلي جـ٣ص ٨١٠ وما بعدها.

المسألة العاشرة

في

محاذاة الرجل المرأة في الصلاة

اتفق الفقهاء على أن السنة – فيما إذا اجتمع في صلاة الجماعة رجال ونساء– أن يصف النساء خلف الصفوف.

واختلفوا فيما إذا صلت امرأة في صف الرجال، أو رجل في صف النساء على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه: وهم يرون أنه تفسد صلاة من حاذته المرأة من الرجال. ولا تفسد صلاة المرأة[1]. إذا تحققت شروط المحاذاة وهي : أن ينوي الإمام إمامتها، وأن تكون الصلاة مشتركة، وأن تكون مطلقة ، وأن تكون المرأة من أهل الشهوة ، وأن لا يكون بينهما حائل .

المذهب الثاني:

وعليه الأئمة الثلاثة – مالك والشافعي وأحمد وهم يرون أن محاذاة الرجل المرأة في الصلاة فإنه يكره ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال.

---

(1) راجع مذهب الحنفية ، وما قيل في شروط المحاذاة في الهداية وشروحها جـ١ ٣٦٠ وما بعدها، البناية جـ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها.

جاء في الشرح الكبير. يكره صلاة رجل بين صفـــوف النســـاء، وكذا محاذاته لهن بأن تكون امرأة عن يمينه وأخرى عن يساره، ويكـــره صلاة النساء بين صفوف الرجال ، وكذا محاذاتها لهم[1] أهـ.

وجاء في الأم: ولو أن رجلا أم رجالا ونساء فقام النســـاء خلـف الإمام ، أو الرجال خلفهن أو قام النساء حذاء الإمام فائتمن به، والرجال إلى جنبهن كرهت ذلك للنساء والرجال والإمام، ولم تفســد على واحـــد منهم صلاته[2]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن وقفت المرأة في صف الرجـال كره، ولم تبطل صلاتها، ولا صلاة من يليها[3]أهـ.

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بفساد صلاة من حاذته المرأة من الرجـال، ولا تفسد صلاة المرأة . استدلوا على ذلك بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن في المحاذاة ترك فرض مقام الإمام ، ومن ترك فرض المقـــام فسدت صلاته ، أما أنه ترك فرض المقام فلأن تأخير المرأة فرض علـى

---

(1) راجع الشرح الكبير جـ١ ص ٣٣١ ط دار إحياء الكتب العلمية عيسى البابي الحلبي وشركاه .

(2) راجع الأم جـ١ ص ١٥٠

(3) راجع المغني لابن قدامة جـ٢ ص ١٥٠

الرجل في صلاة يشتركان فيها . لما روى عن عبد الله بن مسعود ﷺ أن رسول الله ﷺ قال "أخروهن من حيث أخرهن الله"[1].

أمر الرجال بالتأخير ولا مكان يجب تأخيرهن في غير الصلاة فتعين التأخير فيها، كما أن المرأة لا ينسب إليها تقصير كالمأموم إذا تقدم على الإمام ومن هنا قلنا . بفساد صلاة الرجل دون المرأة .

اعترض على ذلك:

بأن الخبر الذي استدللتم به خبر واحد لا يثبت به الفرض فكيف أثبتم به فرض القيام

أجيب على ذلك:

بأن هذا الخبر من الأخبار المشهورة ، وليس من أخبار الآحاد ، فيجوز به الزيادة على الكتاب، ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم أن الفرض يثبت به ابتداء بل يثبت باعتبار أنه وقع بيانا لما تضمنه كتاب الله تعالى في قوله : ﴿ **وللرجال عليهن درجة** ﴾[2]. فألحق بالكتاب فأخذ حكمه[3].

---

(1) قال العجلوني عن هذا الحديث أخرجه الطبراني من قول ابن مسعود من حديث مطول وفيه. كان الرجل والمرأة في بني إسرائيل يصلون جميعا ثم كانت المرأة إذا كانت لها خليل تلبس القالبين فتقوم عليهما فتواعد خليلها فكان ابن مسعود يقول " أخروهن من حيث أخرجهن الله " قيل فما القالبان ؟ قال : أرجل من خشب يتخذهما النساء يتشرفن الرجال في المساجد. والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود، وقال الزيلعي في نصب الراية حديث غريب (راجع كشف الخفاء جـ١ ص ٦٩ الناشر مكتبة التراث الإسلامي، نصب الراية جـ٢ ص٣٦ ط دار المأمون بشبرا.

(2) سورة البقرة من الآية ٢٢٨

(3) راجع أدلة الحنفية في البناية جـ ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها ، والعناية جـ١ ص ٣٦١، الهداية جـ١ ص ٣٦٠ وما بعدها.

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن محاذاة الرجل المرأة في الصلاة يكره، ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال: استدلوا بالقياس هاك بيانه:

قياس حال الصلاة على ما لو وقفت في غير صلاة ، فإنه لاتبطل صلاته بالإجماع. فقد ثبت أن الرسول ﷺ كان يصلى وعائشة[١] رضى الله عنها نائمة بين يديه[٢] فكذلك في الصلاة[٣].

أجيب عن ذلك:

بأنه لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لأنه هو المخاطب بقوله ﷺ " أخروهن " دون المرأة فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها، كالمأموم إذا تقدم على الإمام[٤].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتضح لنا أن الراجح أن محاذاة المرأة الرجل في الصلاة تفسد صلاته دون صلاتها .

---

(١) هي أم المؤمنين رضى الله عنها بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه تزوجها النبي ﷺ بمكة قبل الهجرة بثلاث سنوات وتوفيت في خلافة معاوية سنة ٥٨هـ ولها سبع وستون سنة ودفنت بالبقيع (راجع أسد الغابة جـ٧ ص ١٨٨ ط الشعب، الإصابة جـ١٣ ص ٣٨ لناشر الكليات الأزهرية

(٢) ولفظ الحديث أن النبي ﷺ كان يصلى صلاته من الليل وعائشة معترضة بين يديه اعتراض الجنازة (راجع مسند أحمد جـ٦ص٣٧٥، سنن أبي داود جـ١ ص ١٨٩ كتاب الصلاة- باب من قال المرأة لاتقطع الصلاة.

(٣) راجع الأم جـ١ ص ١٥٠، والمغني لابن قدامة جـ٢ ص ١٥٠، الشرح الكبير ص ٣٣١

(٤) راجع العناية على الهداية جـ١ ص ٣٦٢

بالشروط السابق ذكرها. لأن تأخير المرأة في الصلاة المشتركة فـــرض بدلالة الإجماع.

المسألة الحادية عشرة

فــي

طهارة خرء الحمام والعصفور

إذا وقع في البئر خرء الحمام[1] والعصفور هل يفسد المـــاء ؟ أم لا، وهل هذا الخرء طاهر أم نجس ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية والظاهرية، والمستفاد من كلام الحنابلـــة وأصحاب هذا المذهب يرون أن خرء الحمام والعصفور طاهر، فلو وقـــع في البئر لا يفسد الماء، ويكون طاهرا[2].

جاء في الهداية: فإن وقع فيـــها خـــرء الحمـــام أو العصفـــور لا يفسده[3]. أهـــ.

---

(1) خرء الحمام بضم الخاء والراء- العذرة — وجمعه خروة مثل جند وجنود والحمامة عند العـــرب ذوات الأطـــواق، وعند العامة هي الدواجن فقط ، ويجمع حمامات وحمائم (راجع المصباح المنير جـــ١ ص ١٦٧، النبايـــة على الهداية جـــ١ ص ٣٩٢

(2) راجع البناية على الهداية جـــ١ ص ٣٩٢، العناية على الهداية جـــ١ ص ١٠٠ ، القوانين الفقهية ص ٣٥، المحلـــي لابن حزم جـــ١ ص ١٩١ ط دار الفكر، المغني لابن قدامة جـــ١ ص ٣٠

(3) راجع الهداية وشروحها جـــ١ ص ١٠٠

وجاء في تبيين المسالك: وأما فضلات مباح الأكل فطاهر[١].أهـ.

وجاء في المحلي لابن حزم : وونيم[٢] الذباب والبراغيث والنحل وبول الخفاش إن كان لا يمكن التحفظ منه، وكان في غسله حرج أو عسر لم يلزم من غسله إلا ما لا حرج فيه ولا عسر[٣]. أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية وهم يرون أن خرء الحمام والعصفور نجس فلو وقع في البئر يفسد الماء، ويكون الماء نجسا[٤].

الأدلة

١- دليل المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بطهارة خرء الحمام والعصفور بالاستحسان.

ووجه الاستحسان ما يلي:

أ-ماروى أن النبي ﷺ شكر الحمامة وقال " إنها أوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله تعالى بأن جعل المساجد مأواها"[٥].

---

(١) راجع تبيين المسالك جـ١ ص ١٢٤ ط دار الغرب الإسلامي.

(٢) بفتح الواو وكسر النون وآخره ميم وهو خرء الذباب (راجع المصباح المنير جـ٢ ص ٦٧٣)

(٣) راجع المحلي لابن حزم جـ١ ص ١٩١

(٤) راجع مغني المحتاج جـ١ص ١٨٨،التهذيب في فقه الإمام الشافعي جـ١ص ١٨٣ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.

(٥) لم يوجد في كتب الحديث وجاء بنصه في البداية والنهاية جـ٣ ص ١٨٢ ط مكتبة المعارف- بيروت - لبنان.

وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسة خرء الحمام والعصفور.

ب- فإن الصدر الأول ومن بعدهم أجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد - حتى المسجد الحرام - مع ورود الأمر بتطهيرها[1] لقوله تعالى : **﴿وعهدنا إلى إبراهيم وإسماعيل أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود﴾**[2].

٣- دليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بعدم طهارة خرء الحمام والعصفور بالقياس.

ووجه القياس:

أن خرء الحمام والعصفور متحول إلى نتن وفساد. فإن ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين.

- نوع يحيله إلى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس بالاتفاق.
- ونوع يحيله إلى صلاح كالبيض واللبن والعسل، وخرء الحمام والعصفور من النوع الأول فأشبه خرء الدجاجة وهو نجس بالاتفاق[3].

---

(١) راجع دليل الحنفية في البناية على الهداية جـ١ص٣٩٢،فتح القدير على الهدايةجـ١ص١٠٠،العناية جـ١ص١٠٠

(٢) سورة البقرة من الآية ١٢٥

(٣) راجع دليل الشافعية في التهذيب في فقه الإمام الشافعي جـ١ص ١٨٣، مغني المحتاج جـ١ ص ١٨٨

أجيب على ذلك:

بأن موجب التنجس النتن والفساد، والنتن هنـــا غـير موجـود ، وانتقاء الجزء يستلزم انتقاء الكل، فإن قال : الفساد وحده مما يوجبه قلنـا: منقوض بالمني فإنه قد فسد وهو طاهر، وسائر الأطعمة تفســد بطـول المكث ولا تنجس، على أنه إن تنجس فيما نحن فيه سقط بالضرورة[1].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء، وأدلة الفريقيـــن يتبيـن لنـا أن الراجح هو المذهب الأول القائل. بطهارة خرء الحمام والعصفــور، لأن الضرورة تقضي بذلك لأن هذا مما يصعب الاحتراز عنه.

---

(1) راجع البناية على الهداية جـ١ ص ٣٩٤، العناية على الهداية جـ١ ص ١٠٠

المسألة الثانية عشرة

فــي

حدوث عيب في الأضحية

الأضحية لغة : اسم لما يضحي به أو لما يذبح أيام عيد الأضحى[١].

واصطلاحا : هي ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصـــوص، أو هي ما يذبح من النعم تقربا إلى الله تعالى في أيام النحر[٢].

والأضحية عند الجمهور سنة مؤكدة، ويكره تركها للقادر عليـــها، وعند الحنفية هي واجبة في كل عام على المقيمين من أهل الأمصار.

واتفق الفقهاء على أن المعيبة لا تجـــزئ فـــي الأضحيـــة، وإن اختلفوا في العيوب التي تمنع الجواز[٣].

فإذا اشترى شاة للأضحية- وهي سليمة من العيوب- ثم تعيبـــت قبل الذبح فهل تجزئ في الأضحية إذا ذبحها بعد حدوث العيـــب أم لا ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة مذاهب ولكثرة هذه المذاهـــب سأذكر كل مذهب ودليله بعده حتى يتبين المقصود ، ويكون قريبا لفـــهم كل مذهب ودليله.

---

(١) راجع مختار الصحاح ص ٣٧٨، القاموس المحيط جـ٣ ص ٣٥٦، المصباح المنير جـ٢ ص ٣٥٩.

(٢) راجع تبيين الحقائق جـ٦ ص ٢ ، تكملة فتح القدير جـ٩ ص٥٠٥

(٣) راجع الأم جـ٢ ص ٢٢١، بداية المجتهد جـ١ ص ٤٢٩، المجموع شرح المهذب جـ٨ ص ٣٨٢، المغني لابـــن قدامة جـ٣ ص ٥٨١، اللباب في شرح الكتاب جـ٣ ص ٢٣٢ ط دار الحديث — لبنان، تبيين الحقائق جـ٦ ص ٢ ، تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٥٠٩.

المذهب الأول : وعليه الحنفية- عدا زفر- وهم يـــرون أن الأضحيـــة إذا تعيبت عند معالجة الذبح وذبحها أجزأته.

جاء في بدائع الصنائع: ولو قدم أضحية ليذبحها فاضطربت فـــي المكان الذي يذبحها فيه فانكسرت رجلها ، ثم ذبحها أجـــزأه، وكذلـــك إذا انقلبت منه الشفرة فأصابت عينها فذهبت أهـ[1].

وجاء في الهداية : ولو أضجعها فاضطربت فانكســـرت رجلـــها فذبحها أجزأه استحسانا أهـ[2].

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب بالاستحسان.

ووجه الاستحسان : أن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح. فكأن العيـــب حصل بالذبح- اعتبارا وحكما- فلم يمنـــع الأجـــزاء ، كمـــا أن الشـــاة تضطرب عند الذبح فتلحقها العيوب من اضطرابها وهذا ممـــا لا يمكـــن الاحتراز عنه[3].

المذهب الثاني : وعليه زفر من الحنفية - والمستفاد من كـــلام الإمـــام الشافعي وأصحاب هذا المذهب يرون أن الأضحية لو تعيبت قبل الذبح لم تجزئه، غير أن الإمام الشافعي. فرق بين ما إذا أوجبها على نفسه وهـــي

---

(1) راجع بدائع الصنائع جـ٥ ص ٧٦

(2) راجع الهداية وشروحها جـ٩ ص ٥١٦

(3) راجع المرجعين السابقين.

سليمة ثم تعييت أجزأته ، وبين ما إذا لم يوجبها، وتعييت ثم ذبحـــها لـــم تكن أضحية[1].

جاء في الأم : وإذا اشترى الرجل الضحية فلـــم يوجبـــها حتـــي أصابها مالا تجوز معه- بحضرة الذبح قبل أن يذبحها، أو قبل ذلك. لـــم تكن أضحية، ولو أوجبها سالمة ثم أصابها ذلك، وبلغت أيـــام الأضحـــى ضحى بها وأجزأت عنه[2] أهـــ.

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب بالقياس.

ووجه القياس : أن العيب الذي لحق بالأضحية في حالة الذبح لحقها قبـل تعيين القربة فيها ، فصار كما لو كان قبل حالة الذبح[3].

المذهب الثالث : وعليه المالكية – وهم يرون أن الأضحية إذا تعييت قبل الذبح لا تجزئ مطلقا.

جاء في الشرح الكبير :أو تعييت حالة الذبح عيبا يمنع الإجـــزاء، كما إذا أضجعها للذبح فاضطربت فانكسرت رجلها، أو أصابت الســـكين عينها ففقأتها قبل تمام فرى الحلقوم والودجين[4] أهـــ.

---

(1) راجع الهداية مع العناية جـــ٩ ص ٥١٦، بدائع الصنائع جـــ٥ ص ٧٦، مغني المحتاج جـــ٤ ص ٢٨٦

(2) راجع الأم جـــ٢ ص ١٩٠

(3) راجع الهداية مع العناية جـــ٩ ص٥١٦ ، بدائع الصنائع جـــ٥ ص٧٦، نغني المحتاج جـــ٤ ص٢٨٦ .

(4) راجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي جـــ٢ ص ١٢٤ وما بعدها.

دليل هذا المذهب :استدل أصحاب هذا المذهب بقوله ﷺ "أربع لاتجـزئ في الأضاحي . العوراء البين عورهـــا، والمريضـــة البيـــن مرضـــها، والعرجاء البين عرجها، والعجفاء التي لا تنقي"[١].

وجه الدلالة : فقد أوضح الحديث أن الأضحية إذا كانت معيبة لا تجزئ.

المذهب الرابع : وعليه الحنابلة ونسب إلى الإمام الشافعي وأصحاب هـذا المذهب يرون أن الأضحية إذا تعيبت بفعله لم تجزئه وأما إذا حدث فيـــها العيب دون فعله أجزأه[٢].

جاء في المغني لابن قدامة : وإن تعيبت بفعلة فعلية بدلـــها، وبـــه قال الشافعي[٣] أهـــ.

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب فقالوا : إنه عيب أحدثـــه بها قبل ذبحها، فلم تجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح[٤].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول يتبين لنا أن الراجـح هو المذهب الأول القائل. بأن الأضحية إذا تعيبت عنـــد معالجـــة الذبـــح

([١]) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجة والصعاني من طريق البراء بن عازب بنفس اللفظ (راجع سنن الـــترمذي جـــ٤ ص ٨٦ باب ما لايجوز من الأضاحي وقال عنه حسن صحيح، وقال العجفاء أى الضعيفة الهزيلة- لا تنقـــى أي ذهب مخ عظمها من شدة الهذال، سنن ابن ماجة جـــ٢ ص ١٠٥ رقم ٣١٤٤، سبل السلام جـــ٤ ص ٩٤.

([٢]) راجع المغني لابن قدامة جـــ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

([٣]) راجع المغني لابن قدامة جـــ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

([٤]) راجع المرجع السابق.

وذبحها أجزأته ، لأن ما يحدث عند الذبح من اضطـــراب الشـــاة ممـــا يصعب الاحتراز عنه، كما أن النية قد توافرت عند شراء الأضحية قبـــل الذبح فقلنا بالإجزاء.

المسألة الثالثة عشرة

القبول ليس ركنا في الهبة

هل تنعقد الهبة بالإيجاب من الواهب فقط ؟ أم لا بد من الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له. اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الجمهور من الحنفية- وهو المستفاد من كلام الحنابلة. وأصحاب هذا المذهب يرون أن الهبة تنعقد بالإيجاب من الواهب فقط، وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا[1].

جاء في بدائع الصنائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا[2] أهـ.

وجاء في حاشية ابن عابدين : أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب[3]أهـ.

وجاء في المعني لابن قدامة : وقرائن الأحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول[4] أهـ.

---

(1) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٢٠، الهبة والوصية لأستاذنا الدكتور/ محمود على ص ٧ ط دار الهدى، الفقه الواضح للدكتور/ محمد بكر إسماعيل جـ٢ ص ٥٩٨ ط دار المنار للنشر والتوزيع .

(2) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

(3) راجع حاشية ابن عابدين جـ٨ ص ٤٥٠ ط الباب الحلبي واولاده مصر.

(4) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٥٠

المذهب الثاني : وعليه الشافعية والمالكية- وزفر من الحنفية - وأصحاب هذا المذهب يرون أن قبول الموهوب له الشئ الموهوب يعتبر ركنا في الهبة قياسا، ومن هنا لاتصح الهبة إلا بإيجاب وقبول غير أن الشافعية يستثنون بعض المسائل التي لا يحتاج فيها إلى قبول كالهبة الضمنية ، كأن يقول لغيره اعتق عبدك عني ففعل فيدخل في ملكة هبة ويعتق عليه ولا يحتاج للقبول[1].

جاء في مغني المحتاج : وشرط الهبة إيجاب وقبول لفظا[2] أهـ.

وجاء في حاشية الدسوقي : قبول الموهوب له الشئ الموهوب ركنا في الهبة أي شرط في صحتها فتبطل الهبة بعدمه[3] أهـ.

وجاء في بدائع الصنائع : والقياس أن يكون ركنا . وهو قول زفر[4] أهـ.

الأدلة

١- **دليل المذهب الأول :** استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بعدم توقف الهبة على القبول بالاستحسان.

ووجه الاستحسان السنة والمعقول هاك بيانه

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠١، تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٢٠

(٢) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٩٧

(٣) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠١

(٤) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

أولا : الاستحسان بالسنة بما يلي :

أ- ماروي أن الصعب بن جثامة[1] أهدي إلى النبي ﷺ حمار وحش وهو بالأبواء فرده النبي ﷺ وقال " لولا أنا حرام وإلا لقبلنا[2] " فقد أطلق الراوي اسم الإهداء على هذا التصرف بدون القبول ، والإهداء من ألفاظ الهبة.

ب- ما روي أن سيدنا أبا بكر ﷺ دعا سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها في مرض موته فقال لها " إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية ، وإنك لم تكوني قبضتيه، ولا حرزتيه وإنما هو مال الوارث "[3]. أطلق الصديق ﷺ اسم النحل بدون القبض والنحل من ألفاظ الهبة، فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك، والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم للإيجاب مع القبول، فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر ، فما لم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع.

ثانيا : وجه الاستحسان بالمعقول: إن الهبة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا

---

(1) هو يزيد بن قيس بن ربيعة بن عبد الله بن يعمر الشداخ بن عوف بن كعب بن يعث بن أبى بكر بن عبد مناف بن كنانة الكناني الليثي، وكان الصعب ينزل ودّان والأبواء في أرض الحجاز توفي في خلافة أبى بكر رضى الله عنه (راجع أسد الغابة جـ٣ ص ٢٠ ط الشعب)

(2) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من نفس الطريق بنص اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٥ ص ٢٠٣- كتاب الهبة — باب قبول الهدية حديث رقم ٣٥٧٣)

(3) راجع هذا الأثر في نيل الأوطار للشوكاني جـ٥ ص ٣٩٢ ط مصطفي البابي الحلبي — بمصر .

لوجودها في نفسها. فإذا نطق الواهب بلفظ الهبة فقد أتى بالهبة كما أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، هذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع لوجود العوض من الجانبين[1].

٣- دليل المذهب الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب القائل بتوقف الهبة على القبول بالقياس.

وجه القياس: أن الهبة تصرف شرعي- والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره، وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا[2].

وتظهر ثمرة الخلاف السابق فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه له فلم يقبل، فإنه يحنث عند أصحاب المذهب الأول استحسانا، وعند أصحاب المذهب الثاني لا يحنث ما لم يقبل قياسا[3].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو القول القائل بأن القبول شرط في صحة الهبة تحقيقا للرضا، ومنعا من وقوع الضرر على الموهوب له، فقد يكون في قبول الهبة مهانة

---

(١) راجع دليل مذهب الحنفية في بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥، تكملة فتح القدير مع الهداية جـ٩ ص ٢٠، الفقه الواضح للدكتور محمد بكر إسماعيل جـ٢ ص ٥٩٨، الهبة والوصية للدكتور / محمود على ص ٧ وما بعدها.

(٢) راجع دليل المذهب الثاني في مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠١، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

(٣) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٢٠ ، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

تلحقه من قبل الواهب، أو من غيره، وقد يترتب عليها من الأمـــور مـــا يسئ إلى سمعته من أي وجه من الوجوه فلابد من اشتراط القبـــول فـــي صحة الهبة على ما قرره أصحاب المذهب الثاني وهم الشافعية والمالكيـة وبعض الحنفية.

المسألة الرابعة عشرة

في

هبة الدين لغير المدين

اتفق الفقهاء على جواز هبة الدين للمدين، واختلفوا في هبة الدين لغير المدين على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الحنابلة وبعض الحنفية وهو الصحيح من مذهب الشافعية والإمامية، ونسب للثوري والأوزاعي، وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين لا تصح وتقع باطلة قياسا. سواء أذن الدائن للموهوب بقبض الدين ممن عليه أم لم يأذن [١].

جاء في المغني لابن قدامة: وإن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح[٢]أ هـ.

وجاء في المبسوط، وفي القياس : لا يجوز وهو قول زفر لأن الدين ليس بمال[٣]. أهـ.

وجاء في مغني المحتاج : وهبة الدين للمدين إبراء ولغيره باطلة في الأصح[٤]. أهـ.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨، المبسوط جـ١٢ ص ٧٠، مغني المحتاج جـ٢ ص ١٤، تكملة المجموع جـ١٥ ص ١٢، جواهر الكلام جـ٢٨ ص ١٦٣ ط دار إحياء التراث العربي-بيروت لبنان.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨

(٣) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠

(٤) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠

وجاء في جواهر الكلام : ولو وهب ما في الذمة، فإن كانت لغير من عليه الحق لم يصح على الأشبه[1].أهـ.

المذهب الثاني : وعليه بعض الحنفية والمالكية وهو قول عند الشافعية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين صحيحه لكن المالكية اشترطوا لصحة الهبة ثلاثة شروط فليرجع إليها من شاء في المراجع التي أذكرها في هذا المذهب[2].

جاء في المبسوط : لو وهب رجل لرجل دينارا له على رجل وأمره بقبضه جاز ذلك استحسانا[3] أهـ.

وجاء في شرح الخرشى على المختصر: وكذلك تجوز هبة الدين الشرعي لمن عليه ولغيره[4] أهـ.

وجاء في نهاية المحتاج : أما إذا كان الدين على ملئ باذل له فالهبة صحيحة قياسا على صحة بيعه إذا بيع بالعين أو تقابضا في المجلس[5] أهـ.

---

(1) راجع جواهر الكلام جـ٢٨ ص ١٦٣

(2) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠، شرح الخرشي جـ٧ ص ١٠٣ ط دار إحياء التراث العربي- بيروت — لبنان. نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١٣ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، مغني المحتاج جـ٢ص ٤٠٠

(3) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠

(4) راجع شرح الخرشي جـ٧ ص ٧٠

(5) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١٣

الأدلـة

١- **دليل المذهب الأول :** استدل أصحاب المذهب الأول القـــائل ببطـــلان هبة الدين لغير من عليه الدين بما يلى :

أ- **القياس :** حيث قاسوا هبة الدين لغير من عليه الدين على بيعه بجامع أن كلا منهما عقد مشروع لتمليك المال. فكما لا يجوز بيع الدين مـــع غير من عليه الدين لا تجوز هبته.

أجيب عن ذلك: بأن هذا قياس مع الفارق وبيانه: أن البيع يوجب الملـــك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد. بخلاف الهبة فالمعتبر فيها وقت القبض ، فإن الملك عنده يثبت.

ب- إن الدين ليس بمال بدليل أن من حلف لا مال له ولـــه ديـــن علـــى إنسان لا يحنث ، والهبة عقد مشروع لتمليك المال. فإذا أضيف العقد إلى ما ليس بمال لا يصح .

أجيب عن ذلك: بأن الدين في الذمة يقبل التمليك بالعقد، فإنه لـــو باعـــه ممن عليه الدين بعوض جاز، ولو وهبه منه جاز ، فعرفنـــا أنـــه قـــابل للتمليك حكما[1].

٢- **دليل المذهب الثاني :** استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبـــهم القائل بصحة هبة الدين لغير من عليه بالاستحسان والمعقول.

---

(١) راجع المبسوط جـــ١٢ ص ٧٠، المغني لابن قدامة جـــ٦ ص ٤٨، مغني المحتاج جـــ٢ ص ٤٠٠، نهايـــة المحتـــاج جـــ٦ ص ٤١٣، جواهر الكلام جـــ٢٨ ص ١٦٣

أ- وجه الاستحسان : أن الواهب أناب الموهوب له مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب- ولو قبض بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز . فكذلك إذا أمره بالقبض له.

ب- من المعقول : أن ما في الذمة مقدور التسليم، ويجعل قبضه كقبض العين فإذا قبض العين ناب هذا القبض عن قبض عين ما في الذمة، كما أن هبة العين صحيحة والذمم تجري مجرى الأعيان . بدليل صحة البيع والشراء فيها[1].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء- وأدلة الفريقين ، وما ورد عليها من مناقشات يتبين لنا رجحان القول بصحة هبة الدين لغير المدين.

---

(1) راجع المراجع السابقة .

" خاتمة نسأل الله حسنها "

وفي نهاية الطواف بهذا الموضوع – الاستحسان عند الأصوليين داسة وتطبيق يتبين لنا ما يأتي :

١- إن الاستحسان ليس قاصرا على القياس الخفي الواقع في مقابلة القياس الجلي، كما صوره بعض علماء الأصول، كما أنه ليس قاصرا على الاستحسان الثابت بالنص أو الإجماع، أو الضرورة ، أو القياس الخفي ، بل يكون ثابتا بغيرها من الأدلة.

٢- إن القياس الذي يذكر في مقابلة الاستحسان، قد يكون المراد به القياس الأصولي، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام ، أو القاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه مسلك بعض الأصوليين.

٣- إن الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى – قد عمل بالاستحسان في واقع الأمر ويظهر ذلك جليا في بعض الفروع الفقهية، ولكنه أرجع الكثير من المسائل الاستحسانية في غالب الأحيان إلى القياس، فقد وسع دائرة القياس فأدخل فيه كثيرا من مسائل الاستحسان .

٤- إن الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي، وشدد النكير على من عمل به ، وساق الأدلة على إبطاله. إنما هو الاستحسان المبني على الرأي المحض من غير دليل شرعي ، وهذا المعنى لم يقل به أحد ممن عملوا بالاستحسان .

٥- إن الظاهرية لا يعملون بالاستحسان ونفوه كنفيهم للقياس لأنهم وقفوا عند النصوص فقط، ولم يتوسعوا في الأدلة ، كما أنهم لم يقولوا بتعليل الأحكام، فقد أداهم ذلك إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة ، فقد قرروا أن بول الآدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير ظاهر لعدم النص عليه، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص لما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

٦- إن الاستحسان عند المالكية هو استثناء صورة من عموم أمثالها لدليل اقتضى ذلك ، وهذا الدليل قد يكون عرفا، أو مصلحة ، أو دفعا لمشقة ، أو إيثارا للتوسعة على الناس.

٧- إن العمل بالاستحسان يبعد المجتهد عن الشطط في الاجتهاد والتقيد بحرفية التطبيق لحكم القياس، أو القواعد العامة، وهذا الشطط الذي من شأنه أن يوصل إلى الغلو والخروج عن مقاصد الشارع وروح التشريع.

٨- الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلا للنزاع، ولا يعدو أن يكون خلافا لفظيا يرجع إلى التسمية فقط لأنهم ذكروا في تفسيره أمورا لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها مردود اتفاقا، وبعضها متردد بين القبول والرد.

٩- إن الاستحسان مبدأ اجتهادي يكشف لنا عن مظهر من مظاهر مرونة الشريعة ، وأنها مواكبة لكل عصر وزمان.

وبعد فهذا نهاية ما تيسر لى كتابته في هذا البحث، وقد بذلت في إعداده أقصى الجهد ، وغاية الطاقة، فإن آك وفقت ولو بعض الشئ فهذا

فضل الله يؤتيه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم، وإن تكن الأخرى فعذري أني بشر، والعصمة لله وحده. وهنا أقول: كما قال إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضى الله عنه " كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذه السارية ﷺ [1].

أو كما قال العماد الأصفهاني " إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا قال في غده أو بعد غده. لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"

والحمد لله حيث بالخير تمم . اللهم اجعل عملنا هذا خالصا لوجهك الكريم، ووفقنا لخدمة دينك القويم، وثبتنا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة إنك على ما تشاء قدير.

د/ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

(1) راجع إرشاد السالك جـ١ ص ٢٢٧، جامع بيان العلم وفضله جـ٢ ص ٩١

الفهرس العام للبحث ويشتمل على:

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة

سورة البقرة

مسلسل	الآيــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون...	١٦٩	٦٣٢
٢-	يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر...............	١٨٥	٥٧٣
٣-	يسألونك عن الخمر والميسر	٢١٩	٦٣٦
٤-	وللرجال عليهن درجة	٢٢٨	٧٤٧
٥-	وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن.	٢٣٣	٥٧٢
٦-	متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين.	٢٣٦	٥٧١

سورة النساء

مسلسل	الآيــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	من بعد وصية يوصى بها أو دين ...	١١	٦٥٤
٢-	يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ...	٥٩	٦٠٤
٣-	من يطع الرسول فقد أطاع الله	٨٠	٦٢٣
٤-	ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة..	٩٢	٦٥٦
٥-	ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ...	١٤١	٦٧٤

سورة المائدة

مسلسل	الآيـــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود.....	١	٥٦٦
٢-	فاغسلوا وجوهكم وأيديكم	٦	٦٢٤
٣-	إنما جـــزاء الذيـــن يحـــاربون الله ورســـوله ويسعون	٣٣	٧٢٨
٤-	إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ...	٣٤	٦٦١
٥-	والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما...	٣٨	٦٦٢
٦-	وأن أحكم بينهم بما أنزل الله	٤٩	٦٦٢
٧-	إنما الخمر والميسر والأنصاب	٩٠	٦٣٦

سورة الأنعام

مسلسل	الآيـــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ما فرطنا فى الكتاب من شئ.........	٣٨	٦٣٢
٢-	ولا رطـــب ولا يـــابس إلا فـــــى كتـــاب مبين............................	٥٩	٦٣٢
٣-	اتبع ما أوحى إليك من ربك.........	١٠٦	٦٢٢

سورة الأعراف

مسلسل	الآيـــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وكتبنا له فى الألواح من كل شئ....	١٤٥	٥٥٦

تابع فهرس الآيات

سورة التوبة

سورة يوسف

سورة إبراهيم

سورة النحل

تابع فهرس الآيات

سورة الإسراء

سورة الكهف

سورة الحج

سورة النور

تابع فهرس الآيات

سورة القصص

مسلسل	الآيــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى.	٥٠	٦١٢

سورة الروم

مسلسل	الآيــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم......	٢٩	٦١٢

سورة الأحزاب

مسلسل	الآيــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	لقد كان لكم فى رسول الله أسوة...	٢١	٦٢٧

سورة فاطر

مسلسل	الآيــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وما يستوى البحران هذا عذب فرات.	١٢	٦٧٧
٢-	ولا تزر وازرة وزر أخرى.........	١٨	٦٥٥

تابع فهرس الآيات

سورة الزمر

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه.	١٨	٥٥٦
٢-	الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها.	٢٣	٥٥٧

سورة غافر

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وأفوض أمرى إلى الله	٤٤	٧١٢

سورة فصلت

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله..	٣٣	٥٥٦

سورة الحديد

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم.	١٦	٥٥٧

سورة المجادلة

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها	١	٦٢٢

تابع فهرس الآيات

سورة الحشر

مسلسل	الآيــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم.	٧	٦٢٣

سورة القيامة

مسلسل	الآيــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	أيحسب الإنسان أن يترك سدى.....	٣٦	٦٢١

سورة الإنسان

مسلسل	الآيــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	يوفون بالنذر	٧	٥٦٦

سورة النازعات

مسلسل	الآيــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هى المأوى...	٤٠، ٤١	٦٣١

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

تابع فهرس الأحاديث

ثالثا: فهرس الآثار

رابعا: فهرس الأعلام

تابع فهرس الأعلام

تابع فهرس الإعلام

تابع فهرس الاعلام

تابع فهرس الاعلام

أهم المراجع

أ - القرآن الكريم وعلومه:

١- الجامع لأحكام القرآن الكريم: للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر فرج الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ ط دار الغد العربى بالقاهرة - نشر دار الكتاب العربى بالقاهرة.

ب- كتب الحديث وعلومه:

١- سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى: مطبعة دار الحديث بالقاهرة.

٢- سنن الدارقطنى: تأليف شيخ الإسلام الإمام الكبير على بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٨٥ هـ تحقيق عبد الله السيد هاشم يمانى المدنى. مطبعة دار المحاسن بالقاهرة.

٣- سنن الترمذى: لأبى عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة ٢٩٧ هـ تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقى؛ مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٤- سنن الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ابن ماجة المتوفى سنة ٢٩٥ هـ تحقيق الأستاذ/ محمد فؤاد عبد الباقى مطبعة دار إحياء التراث العربى.

٥- سنن أبى داود الإمام الحافظ المصنف أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ تحقيق محمد محى الدين الناشر دار إحياء السنة النبوية.

٦- سبل السلام: تأليف الإمام محمد بـن إسـماعيل الكحلانـي الصنعـاني المعروف بالأمير. مطبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٧- السنن الكبرى: للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيـهقى المتوفى ٤٥٨ هـ مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.

٨- صحيح الإمام أبى عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ مطبعة نهضة مصر.

٩- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشـيرى النيسـابورى أبـو الحسين بشرح الإمام يحيى بن شرف الدين النووى - مطبعة دار إحيـاء التراث العربى.

١٠- فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن علـى بـن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ تحقيق عبد العزيز بن عبـد الله بن باز مطبعة دار المعرفة بيروت - لبنان.

١١- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحـاديث علـى ألسـنة الناس للشيخ إسماعيل بن محمد العجلونى المتوفى سنة ١١٦٢ هـ تحقيق أحمد القلاش. الناشر مكتبة التراث الإسلامى.

١٢- مسند الإمام أحمد بن حنبل مطبعة دار صادر - بيروت - لبنان.

١٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـ. بتحرير الحافظين العراقى وابن حجر: مطبعـة القدس بالقاهرة.

١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة: مطبعة إحيـــاء الــتراث العربى عيسى البابى الحلبى - بمصر.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار تأليف الإمــام محمد بن على الشوكانى - مطبعة البابى الحلبى بمصر.

١٦- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام محمد عبد الله بن يوسف الحنفــى الزيلعى المتوفى سنة ٧٧٢ هـ مطبعة دار المأمون بشــبرا - مصــر الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ.

جـ- كتب اللغة:

١- تاج العروس للزبيدى: ط منشورات مكتبة الحياة بيروت - لبنان.

٢- القاموس المحيط: تأليف مجد الدين بن يعقــوب الفــيروز آبــادى ، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر. الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ.

٣- لسان العرب: لمحمد بن مكرم جمــال الديــن بــن منظــور ط دار المعارف.

٤- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أحمد بن أبى بكــر عبــد القــادر الرازى. تحقيق محمد خاطر. الناشر دار الحديث.

٥- المصباح المنير: فى غريب الشرح الكبير للرافعى تــأليف العلامــة أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط المكتبة العلمية - بيروت - لبنان.

د- كتب أصول الفقه:

١- إرشاد الفحول: إلى تحقيق الحق من علم الأصول تأليف محمد بن على بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ مطبعة مصطفى البابى وأولاده بمصر.

٢- أصول السرخسي: للإمام أبى بكر محمد بن أحمد أبى سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ تحقيق أبى الوفا الأفغانى: مطبعة دار المعرفة – بيروت لبنان.

٣- أصول الفقه الإسلامى للدكتور/ بدران أبو العينين بدران ط مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر بالإسكندرية.

٤- الأدلة المختلف فيها وأثرها فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الحميد أبو المكارم: الناشر دار المسلم ببورسعيد.

٥- الإبهاج فى شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول تأليف شيخ الإسلام على بن عبد الكافى وولده تاج الدين السبكى تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل. الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

٦- الإحكام فى أصول الأحكام: للحافظ أبى محمد على بن حزم الأندلسى الظاهرى. مطبعة العاصمة – حسين حجازى.

٧- الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى سيف الدين أبى الحسن على الآمدى الناشر دار الحديث.

٨- الآيات البينات لأحمد بن قاسم العبادى الشافعى ط دار الكتب العلمية – بيروت لبنان.

٩- بحوث فى الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين تأليف الدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه – مطبعة السعادة ١٤٠٠ هـ – ١٩٨٠م.

١٠- تيسير التحرير: للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسينى الحنفى الخرسانى المتوفى سنة ٨٦١ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.

١١- تقرير العلامة المحقق والفهامة المدقق الشيخ عبد الرحمن الشربينى على جمع الجوامع لابن السبكى ط دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

١٢- التلويح على التوضيح لشرح متن التنقيح لصدر الشريعة المتوفى سنة ٧٤٧ هـ مطبعة محمد على صبيح وأولاده – بمصر.

١٣- حاشية العلامة البنانى على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع لابن السبكى – ط مصطفى البابى الحلبى – بمصر.

١٤- روضة الناظر وجنة المناظر: على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين أبى عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسى – الناشر الكليات الأزهرية.

١٥- شرح البدخشى المسمى بمناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشى وهو شرح لمناهج الوصول فى علم الأصول للبيضاوى مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.

١٦- شرح القاضى عضد الملة والدين المتوفى ٧٥٦ هـ لمختصر المنتهى الأصولى لابن الحاجب تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل الناشر الكليات الأزهرية.

١٧- شرح المنار وحواشيه: للعالم العلامة عز الدين عبد اللطيف على متن المنار للإمام البركات النسفى. مطبعة السعادات ١٣١٥ هـ.

١٨- شرح نور الأنوار على المنار لمولانا الشيخ أحمد المعروف بملاجيون بن سعيد الحنفى ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

١٩- فواتح الرحموت للعلامة عبد العلى بن نظام الدين الأنصارى بشرح مسلم الثبوت للشيخ محب الدين ابن عبد الشكور: ط دار الفكر للطباعة والنشر.

٢٠- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى ، تأليف الإمام أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ الناشر. دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة.

٢١- كشف الأسرار على المنار: للإمام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بالنسفى المتوفى سنة ٧١٠ هـ مطبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

٢٢- مختصر المنتهى الأصولى: تأليف الإمام ابن الحاجب المالكى المتوفى سنة ٦٤٦ هـ. الناشر الكليات الأزهرية.

٢٣- المستصفى من علم الأصول: للإمام حجة الإسلام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.

٢٤- المنخول لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو. ط دار الفكر العربى بدمشق.

٢٥- المسودة: فى اصول الفقه لابن تيمية. مطبعة دار الكتاب العربـــى – بيروت لبنان.

٢٦- الموافقات: للشاطبى ط دار المعرفة – بيروت – لبنان.

٢٧- نظرية الإباحة: للدكتور/ محمد سلام مدكور ط دار النهضة العربية.

٢٨- نظرية الاستحسان لأسامة الحموى ط دار الخير بدمشق.

٢٩- نزهة الخاطر العاطر للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بـــدران الرومى الدمشقى. الناشر الكليات الأزهرية.

٣٠- نهاية السول. للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى: مطبعة محمـــد على صبيح وأولاده بمصر.

٣١- نفائس الأصول فى شرح المحصول للعلامة شهاب الدين أبى العبـاس أحمد بن إدريس الشهير بالقرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ تحقيـــق الشـــيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ – ١٩٩٥م.

هـ- كتب الفقه:

١- الأم: تأليف الإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى المتوفـــى ســـنة ٢٠٤ هـ، ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

٢- الأشباه والنظائر للسيوطى: فى قواعد وفروع فقه الشـــافعية ط عيســى البابى الحلبى – بمصر.

٣- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع تأليف الإمام علاء الدين مسعود الكاسانى الحنفى المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الإمام الحافظ محمد بن محمد بن رشد. ط البابى الحلبى وأولاده – بمصر.

٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف العلامة فخر الدين عثمان ابن على الزيلعى الحنفى. مطبعة دار المعرفة – بيروت لبنان.

٦- حاشية الدسوقى للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدرديرى. مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى. بمصر.

٧- تكملة فتح القدير: للكمال بن الهمام الحنفى. مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر.

٨- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام ط أنصار السنة المحمدية.

٩- حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء مطبعة دار الحديث – بيروت لبنان.

١٠- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير. مطبعة عيسى البابى الحلبى.

١١- الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلى مطبعة دار الفكر.

١٢- حاشية ابن عابدين. مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٣- فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين بن عبد الواحد المعـــروف بـــابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١ هـ. على الهداية شرح بداية المبتدئ. مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٤- الفواكه الدوانى: شرح أحمد بن غنيم النفراوى الأزهـــرى - مطبعـــة البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٥- قوانين الأحكام الشرعية لابن جزء المالكى. مطبعة عالم الفكر بمصر.

١٦- اللباب فى شرح الكتاب - تأليف عبد الغنى الدمشقى الحنفـــى تحقيـــق محمود أمين. مطبعة دار الحديث - بيروت - لبنان.

١٧- المجموع شرح المهذب: للإمام زكريا محيى الدين النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ مطبعة دار الفكر.

١٨- مغنى المحتاج: إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح محمد الشربينى علـــى متن المنهاج لأبى زكريا محيى الدين بن شرف النـــووى ط مصطفـــى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٩- المبسوط: لشمس الأئمة السرخسى ط دار المعرفة بيروت - لبنان.

٢٠- المحلى: تصنيف الإمام ابن حزم المتوفى ٤٥٦ هـــ ط دار الآفـــاق الجديدة- بيروت - لبنان.

٢١- المغنى: لابن قدامة المقدسى الحنبلى مطبعة دار الكتاب العربى.

٢٢- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الفكر.

٢٣- الهداية شرح بداية المبتدى : تأليف شيخ الإسلام أبى الحسن على بن أبى بكر الرشدانى المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ط البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٢٤- المختصر النافع فى فقه الأمامية ط وزارة الأوقاف.

و- كتب التاريخ والرجال:

١- أسد الغابة في معرفة الصحابة: لعز الدين بن الأثير أبى الحسن على ابن محمد الجزرى المتوفى سنة ٩٣٠ هـ تحقيق محمد إبراهيم البنا ط الشعب.

٢- الأعلام لأشهر الرجال والنساء من العرب المستعربين والمتشرقين. تأليف خير الدين الزركلى: ط دار العلم للملايين بيروت – لبنان.

٣- الإصابة فى تمييز الصحابة: لابن حجر العسقلانى: تحقيق طه الزينى الناشر الكليات الأزهرية.

٤- البداية والنهاية: للحافظ ابن كثير الدمشقى: المتوفى سنة ٧٧٤ هـ الناشر مكتبة المعارف بيروت – لبنان.

٥- تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلانى: ط دار المعارف النظامية حيدر آباد الدكن – الهند.

٦- حسن المحاضر لجلال الدين السيوطى الشافعى ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ.

٧- سير أعلام النبلاء: تأليف الإمام شمس الدين الذهبى تحقيق محمد نعيم ط مؤسسة الرسالة – بيروت لبنان.

٨- شذرات الذهب: فى أخبار من ذهب للمؤرخ عبد الحق الحنبلى ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٩- الضوء اللآمع: لأهل القرن التاسع تأليف المؤرخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوى – منشورات مكتبة الحياة – بيروت – لبنان.

١٠- الطبقات الكبرى لابن سعد: دار صادر بيروت – لبنان.

١١- العبر فى خبر من غبر: للحافظ الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ هـ تحقيق أبا هاجر محمد السعيد: ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

١٢- الكامل فى التاريخ: تأليف الشيخ عز الدين أبى الحسن المعروف بابن الأثير – ط دار صادر بيروت – لبنان.

١٣- معجم البلدان: للإمام شهاب الدين ابى عبد الله الحموى البغدادى ط دار صادر – بيروت – لبنان.

١٤- معجم المؤلفين: تأليف عمر رضا كحالة الناشر مكتبة المثنى بيروت– لبنان.

١٥- مفتاح السعادة: تأليف أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زاده – ط الكتب الحديثة بالقاهرة.

١٦- هدية العارفين فى أسماء المؤلفين: لإسماعيل البغدادى ط دار العلوم الحديثة – بيروت – لبنان.

١٧- وفيات الأعيان: لأبى العباس شمس الدين أحمد بن بكر تحقيق الدكتور/ إحسان عباس ط دار صادر – بيروت – لبنان.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

رقم الإيداع

٢٠٠٠ / ٥٠٠٩

I.S.B.N الترقيم الدولى

977 – 5532 – 95 – 7

القول المبين في التعليل عند الأصوليين

إعداد
للأستاذ الدكتور
محمد عبد العاطي محمد علي
الأستاذ بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر بالقاهرة

خطة البحث العامة

تقع خطة دراسة هذا الموضوع فى المباحث التالية

المبحث الأول : تعريف التعليل لغة واصطلاحاً.

المبحث الثانى : منهج القرآن الكريم فى التعليل.

المبحث الثالث : منهج السنة النبوية فى التعليل.

المبحث الرابع : منهج الصحابة (رضى الله عنهم) فى التعليل.

المبحث الخامس : منهج التابعين وتابعيهم فى التعليل

المبحث السادس : التعليل فى عصر تأليف الأصول.

المبحث السابع : ابن حزم والتعليل.

المبحث الثامن : تصحيح ما نسب إلى بعض العلماء أنهم أنكروا التعليل .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المبحث الأول
تعريف التعليل لغة واصطلاحا

التعليل في اللغة :

مصدر عل ، يقال : عله يعله ويعله إذا سقاه السقية الثانية وتعلل بالأمر، واعتل : تشاغل ، وهذا علة لهذا أى سبب له[1].

والتعليل في اصطلاح علماء المنطق :

تبيين علة الشئ. ويطلق عندهم أيضا على ما يستدل فيه بالعلة علي المعلول. ويسمى برهانا لميا.[2]

والمراد بالتعليل عند الأصولين :

بيان العلل وكيفية استخراجها وهذا قد يكون لأجل القياس، وهو رد فرع إلى أصل لمساواته فى علة حكمه.

وقد يكون لغير ذلك ، بأن يبحث المجتهد نى الحادثة المستجدة على معنى يصلح مناطا لحكم شرعى يحكم به بناء على ذلك المعنى. وهو المسمى عندهم بالاستصلاح أو المصالح المرسلة.

أو بأن يبحث عن علة الحكم المنصوص لا لتعديته ، وهو ماسموه بالتعليل بالعلة القاصرة ، أو بيان الحكمة [3].

---

(1) انظر : لسان العرب جـ١١ ص٤٦٧ طبعة بيروت .

(2) انظر شرح الخبيصى على التهذيب للسعد التفتازانى ص ٢٥٥ طبعة مصطفى محمد ، وحاشية الصبان علــى شــرح الملوى على السلم ص ١٣٩ .

(3) انظر : تعليل الأحكام ص ١٢ .

وتعليل الأحكام هو- أولا- منهج القرآن والسنة ، ثم سار عليه الصحابة والتابعون ، فقد بنوا اجتهاداتهم على مافهموه من العلل والمقاصد ، ثم بحثه العلماء من بعدهم ، فلم يخل عصر من عصور الإسلام عن الكلام فيه .

المبحث الثانى

منهج القرآن فى التعليل

لقد شرع الله أحكامه لمقاصد عظيمة جلبت للناس مصالحهم ودفعت عنهم المفاسد ، وأبان سبحانه ما فى الأفعال من مفاسد حثا على اجتنا بها ، وما فى بعضها من المصالح ترغيبا فى إتيانها .

وحتى لا تسأم النفوس من سماع القرآن فقد تنوعت أساليب التعليل فيه على الوجه التالى [١].

أ- فتراه مرة يذكر وصفا مرتبا عليه حكما، فيفهم السامع أن هذا الحكم يدور مع ذلك الوصف أينما وجد . من ذلك قوله تعالى : " **الزانية والزا نى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** " [٢] وقوله : " **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله**"[٣]، وقوله: "**وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة**[٤] وقوله : " **إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا** [٥].

ب- وتراه أخرى يذكر مع الحكم سببه مقرونا بحرف السببية مقدما أو مؤخرا ، كقوله تعالى: **أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا** " [٦] وقوله:

---

[١] انظر : المرجع السابق ص ١٤ وما بعدها .

[٢] سورة النور : آية ٢ .

[٣] سورة المائدة : آية ٣٨ .

[٤] سورة النساء : ١٠١ .

[٥] سورة التوبة : آية ٢٨ .

[٦] سورة الحج : آية ٣٩ .

"فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم " [١] وقولـــه: "من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفـــس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا " [٢].

ج- وطورا يأمر بشئ ويردفه بوصفه بأنه أطهر أو أزكى، كقوله جـــل شأنه: "قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجـــهم ذلـــك أزكى لهم [٣] وقوله : " وإذا سألتموهن متاعا فاسألوهن مـــن راء حجاب ذالكم أطهر لقلوبكم وقلوبهن [٤] وقولـــه: " وإذا قيـل لكـم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم [٥].

د- وحينا يذكر الحكم محلا إياه بحرف من حـــروف التعليـــل ، كقولـــه تعالى:" ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فللـــه وللرســـول : ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم "[٦].

وقوله: " فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكى لا يكون علـــى المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم [٧] وقولـــــه : " وصـــل عليـــهم إن صلاتك سكن لهم " [١] وقوله : ولاتطع كل حلاف مهين همـــاز مشـــاء

[١] سورة النساء : آية ١٦٠ .

[٢] سورة المائدة : آية ٣٢ .

[٣] سورة النور : آية ٣٠ .

[٤] سورة الأحزاب : آية ٥٣ .

[٥] سورة النور : آية ٢٨ .

[٦] سورة الحشر : آية ٧ .

[٧] سورة الأحزاب : آية ٣٧ .

سكن لهم " [1] وقوله : ولاتطع كل حلاف مهين هماز مشاء بنميم مناع للخير معتد أثيم عتل بعد ذلك زنيم أن كان ذا مال وبنين "[2].

هـ- وفي مواضع كثيرة يأمر بالشئ مبينا مصالحه ، أو يحرم الشئ مبينا مفاسده المرتبة علي فعله ، كقوله تعالى: " وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم [3] وقوله : " ولاتسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم [4] وقوله: " إنما الخمر والميسر والأنصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون [5].

---

(1) سورة التوبة : آية ١٠٣ .

(2) سورة ن : الآيات من ١٠ – ١٤ .

(3) سورة الأنفال : آية ٦٠ .

(4) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

(5) سورة المائدة : آيت ٩٠ ، ٩١ .

المبحث الثالث

منهج السنة فى التعليل

وكذلك جاءت السنة النبوية بتعليلات كثيرة فى توضيح القرآن، وبيان العلل والأسباب التى أدت إلى التشريع ، وتقريب الأحكام إلى الأذهان مما يؤدى إلى مسارعة الناس إلى الامتثال [1].

ففى العبادات : بيان جلى لأهدافها، وأنه يطلب فيها التزام الحكمة والاعتدال والتخفيف والتيسير فى أدائها فيقول النبى ﷺلعبد الله بن عمرو الذى كان يبالغ فى عبادته فيصوم نهاره ويقوم ليله: " ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار؟ قلت: إنى أفعل ذلك، قال : إنك إذا فعلت ذلك هجعت عينك، ونفهت نفسك، وإن لنفسك عليك حقا، ولأهلك عليك حقا، فصم وافطر وقم ونم " [2]

فقد بين له رسول الله ﷺ ما يترتب على تلك العبادة الشديدة من ضرر بالغ فى النفس ، وضياع حقوق الأهل والولد ، وهذه من المصالح الدنيوية ، وفيه إشارة إلى ضياع المصالح الأخروية ، فإن من ضعفت نفسه عجز عن أداء حقوق ربه، فيفوت الخير الكثير فى أخراه.

وهذا معاذ بن جبل رضي الله عنه يطيل فى صلاته إتماما لها وتقربا بها فيشكوه الشاكى إلى رسول الله ﷺ "لا أكاد أدرك الصلاة مما يطول بنا فلان " وهنا يشرع رسول الله ﷺالتخفيف للصلاة ويزجر

---

[1] انظر : تعليل الأحكام ص ٢٣ وما بعدها .

[2] انظر : عمدة القارى بشرح صحيح البخارى جـ٣ ص ٦٣٥ دار الطباعة العامرة . وهجعت : غارت وضعف بصرها لكثرة السهر . ونفهت : كلت وأعيت .

المطولين : " أيها الناس إنكم منفرون : فمن صلى بالناس فليخفف، فإن فيهم المريض والضعيف ، وذا الحاجة "[1].

فقد بين الرسول ﷺ الباعث على التخفيف ، وفيه الإشارة إلى أن الطاعة إذا أدت إلى ضياع المصالح أو لحق الناس منها الضرر، خرجت عن مقصود الشارع .

وقال ﷺ للصحابة حينما امتنع عن إمامتهم لصلاة التراويح في الليلة الثالثة : " قد رأيت الذى صنعتم فلم يمنعنى من الخروج إليكم إلا أنى خشيت أن يفرض عليكم " [2] فقد امتنع ﷺ من إمامتهم لما وجد رغبتهم فيها، خشية الفرض عليهم ، ثم يأتى زمان يتهاون الناس فيها أو يعجزون عن أدائها فيتركون ما فرضه الله عليهم ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، ومع هذا فقد أمهم ليلتين إشارة منه ﷺ إلى جواز صلاتها جماعة، وامتناعه كان لتلك العلة .

وقد يفهم بعضهم أن الحكم شرع من أجل سبب خاص ، وهو مخطئ فى هذا الفهم، فيبين الرسول ﷺ الصواب فيه، والعلة التى من أجلها شرع الحكم .

من ذلك : أنه لما نزل قول الله تبارك وتعالى: "**يا أيها الذين آمنوا لاتدخلوا بيوت النبى إلا أن يؤذن لكم** " [3] ظن بعض الناس أن المقصود من الاستئذان هو حصول الإذن فقط ، فجاء يستأذن رسول

---

[1] انظر : عمدة القارى جـ١ ص ٥٠١ .

[2] الحديث رواه أبو داود فى سننه عن عائشة رضى الله عنها جـ٢ ص ٤٩ .

[3] سورة الأحزاب : آية ٥٣ .

الله ﷺ فنظر من جحر النبى ﷺ، فعنفه رسول الله " لو أعلم أنــك تنظــر لطعنت به فى عينيك " مبينا له السبب فى تشريع هذا الحكم " إنما جعــل الاستئذان من أجل البصر " [1] يعنى أن وجوب الاستئذان لأجــل حفــظ البصر، حتى لايقع النظر على من حرم النظر إليه.

هذا: وقد يأمر رسول الله ﷺ بالشئ وينهى عنه في حالة خاصــة لســبب خاص، فيفهم الصحابة أنه حكم مؤلد، فيسألون الرسول ﷺالتخفيف لمــا يلحقهم من الحرج، فيبين لهم أن ذلك ليس مؤيدا بل جاء لعلة خاصة.

من ذلك: ماروا‌ه أصحاب السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت: دف الناس من أهل البادية ، فحضرت الأضحى،فقال رسول الله "ادخـروا للثلاث وتصدقوا بما بقى"قالت :فلما كان بعد ذلك ، قلت يا رسول الله :قد كان الناس ينتفعون بضحاياهم ويجملون منها الودك ، ويتخــذون منــها الأسقية . قال:وماذاك ؟ قلت :نهيت عن إمساك لحوم الأضاحى بعد ثلاث فقال:"إنما كنت نهيتكم للدافة التى دفت فكلوا وتصدقوا وتزودوا "ويرويــه مسلم بلفظ "إنما فعلت ذلك من أجل الدافة"[2].

وكثيرا ما يذكر رسول الله ﷺ الحكم معللاً إياه بما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية .

ومن ذلك:حديث ابن مسعود رضى الله عنه قال : كنا مع رســول الله ﷺ شبابا لا نجد شيئا فقال لنا رسول الله ﷺ : "يا معشر الشــباب مــن استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لــم

---

[1] انظر : صحيح البخارى جـــ٨ ص ٥٤ .

[2] دف الماشى : خف على وجه الأرض ، والدافة : الجماعة من الناس تقبل من بلد إلى بلد .

يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء " [1] فتراه يأمر القادر على تكـــاليف الحياة الزوجية بالتزوج شارحا له ما يترتب على ذلك من مصالح ، مبينا السبب فى هذا ، وهو حفظ البصر والفرج الذى أمر الله بحفظـــهما فـــى غير آية ، وإذا حفظا كان الخير والفلاح ، فإن شـــــرورا كثـــيرة تنشـــأ عنهما- وفى الوقت نفسه يأمر العاجز بسلاح آخر وهو الصوم ليكســـــر شهوته ، ومتى كسرت ترتب الخير على ذلك فإنه له وجاء ".

ومن ذلك : حديث النهى عن نكاح المرأة على عمتها أو خالتـــها، معللاً هذا النهى بما يترتب على الفعل من ضرر بالغ وهو قطع الرحـــم "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم [2].

وأحيانا يبين أن فعلا من الأفعال يترتب عليه مصـــــالح تقتضـــى إباحته ولكنه يمتنع عنه لما يخالط ذلك من مفاسد أعظم منها ، فهو فيه ﷺ يوازن بين المصلحة والمفسدة ويقدم الأهم وهو دفع المفسدة.

من ذلك : ما أخرجه الشيخان بسندهما عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ: " لولا أن قومك حديثوا عهد بشـــــرك لبنيـــت الكعبة على قواعد إبراهيم " [3] فهو يخبر أن تغيير البيت منكـــــر يجـــب إزالته ، ولكه أمتنع من ذلك ، لما يترتب عليه من نفورهم ، حيث ألفـــوا هذا الوضع وتمكنت العادات من نفوسهم ، وفى تغييره حرج لهم ، وربما رجعوا إلى الشرك مرة أخرى من أجل ذلك.

[1] انظر : صحيح البخارى ، باب من لم يستطع الباءة فليصم جـ٣ ص٣ ، دار مطابع الشعب .

[2] رواه ابن عدى ، وفى رواية ابن حبان : " إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن " نيل الأوطار جـ٦ ص ١٤٧ .

[3] انظر : الفتح الكبير فى ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـ٣ ص٥٢ .

ومن ذلك ما رواه مسلم وأحمد عن جابر رضى الله عنه، فى قصة الرجل الذى قال لرسول الله ﷺ: اعدل ، فقال له عمر: دعنى يا رسول الله أقتل هذا المنافق ، فقال: " معاذ الله أن يتحدث الناس أنى أقتل أصحابى " [1] فقد رأى رسول الله ﷺ أن التحدث بمثل هذا ينفر الناس عن الإسلام ، مبينا أن مفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

وقد يعارض أصحاب رسول الله ﷺ أمره بما يترتب عليه من ضرر يلحق المسلمين بسببه ، فيقرهم على ذلك ﷺ.

من هذا : مارواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده أن النبى ﷺ بعث أبا بكر ينادى : "من قال لا إله إلا الله دخل الجنة " فوجده عمر فرده وقال: " إذا يتكلوا " [2]، وأ قره الرسول ﷺ علي ذلك، ولم ينكر عليه لما وجد المصلحة فيما قال .

هذا: والوقائع السابقة ليس فيها مخالفة للنصوص الشرعية كما ادعى الطوفى وغيره ، لأنها تنطوى على العمل من صاحب الشرع نفسه، فالمستند فيها هو السنة قولا وعملا وتقريرا ، فصاحب الشرع هو الذى ترك البيت ولم يعد بناءه على قواعد إبراهيم ، فلم يكن هناك نص ترك من أجل المصلحة بل ثبت الترك بالنص رعاية للمصلحة، ولايقال على فعل الرسول ﷺ أنه مخالف للنص ، وكيف يقال ذلك ، والتشريع صادر منه... كما أن صاحب الشرع هو الذى أقر اجتهاد عمر فى رد

---

[1] انظر : الفتح الكبير جـ٣ ص ١٣٦ .

[2] انظر : نيل الأوطار جـ١ ص ٢٩٦ .

أبي بكر ومنعه من النداء بأن من قال: لا إله إلا الله دخل الجنـــة، فـــهو اجتهاد من عمر أقره الرسول ﷺ، فلا يقال بعد ذلك : إن رســـول الله ﷺ عارض النص بالمصلحة.

المبحث الرابع
منهج الصحابة في التعليل

أنتقل الرسول ﷺ إلـــى الرفيــق الأعلـــى تاركــا وراءه هــؤلاء الأصحاب رضوان الله عليهم ، أمناء على شرع الله، خلفاء فــــى قيــادة الأمة، فساروا على الطريق الواضحة التى رسمها لهم ، وسلكوا الســبيل التى سلكها رسول الله ﷺ فى تعليل الأحكام ببيان أسبابها عنــد الحاجــة. توسعوا فى ذلك ولكن من غير مخالفة ولاعصيان ، بل اعتقادا منـــهم أن شريعة الله ليست جامدة على المنصوص حتى توقع الناس فى أصر أخبر الله أنه وضعه عنهم فدخلوا هذا الباب من نواح متعددة [1].

أ - فتارة يعللون أحكاما وردت غير معللة ليعدوا حكمها ، كتعليلهم النهى عن قطع الأيدى فى الغزو- والذى ورد مجردا عن سبب هذا النــهى فيما رواه أبو داود أن النبى ﷺ " نهى عن أن تقطـــع الأيــدى فـــى الغزو"[2]- خشية أن يترتب عليه ماهو أبغض إلى الله من تعطيلــه أو تأخيره من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضبا كما قالـــه عمــر وأبو الدرداء وحذيفة وغيرهم. وهذا فى الرجل العادى من الجيـــش، أما إذا كان الحد قد وجب على أمير الجيش مثلا، فستكون العلة فـــى منع إقامة الحد عليه هى ظهور ضعف المسلمين وطمع العدو فيـــهم إذا أقاموا عليه الحد. فقد روى أبو يوسف فى كتاب الخــــراج عـــن علقمة قال: غزونا أرض الروم ومعنا حذيفة وعلينا رجل من قريش،

---

[1] انظر : تعليل الأحكام ص ٣٥ وما بعدها .

[2] سنن أبى داود مع شرحه عون المعبود جـــ٤ ص ٢٤٦ .

فشرب الخمر، فأردنا أن نحده ، فقال حذيفة: " تحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم " وروى هذا الأثر عبد الرازق بسند إلى علقمة قال: أصاب أمير الجيش وهو الوليد بن عقبة شرابا فسكر، فقال الناس لأبى مسعود وحذيفة بن اليمان : أقيما عليه الحد. فقالا: لانفعل، نحن إزاء العدو ونكره أن يعلموا فيكون جرأة منهم علينا وضعفا بنا " فالصحابة رضوان الله عليهم فهموا المقصود من النهى السابق لرسول الله ﷺ فعدوا الحكم إلى غيره من الحدود، لما تجر إقامتها عليهم إذ ذاك من الضرر بالمسلمين [1].

وهذا التعليل لم يخالف نصا ولا قياسا ولا إجماعا وليس فيه إلا تأخير الحد لمصلحة راجحة ، إما من حاجة المسلمين إليه ، أو من خوف ارتداده ولحوقه بالكفار. ومثل هذا التأخير لعارض أمر وردت به الشريعة ، كما يؤخر الحد عن الحامل والمرضع ، وعن وقت الحر والبرد والمرض ، وهو لمصلحة المحدود خاصة ، فما بالك بما هو لمصلحة الإسلام عامة فهذا النوع ورد الحكم فيه غير معلل فعللوه بما يترتب علي الفعل من ضرر [2].

ب- وهناك أحكام وردت مطلقة أو معللة بعلة، فلما بحثوها وجدو تلك العلل قد زالت ، أو ما شرع له الحكم قد تغير، فغيروا الأحكام تبعا لذلك.

---

[1] انظر : إعلام الموقعين لابن القيم جـ٣ ص ٣ وما بعدها وتعليل الأحكام ص ٣٦ ، ٣٧ ومدخل الفقه الاسلامى للدكتور سلام مدكور ص ١٠٨ ، ١٠٩

[2] انظر : تعليل الأحكام ص ٣٧ .

من ذلك: حكم المؤلفة قلوبهم شرع الله إعطـاءهم مـن الزكـاة، وأعطاهم رسول الله ﷺ من مال الله كثيرا [١]، ومضى زمن رسـول الله ﷺ والأمر على ذلك، ثم حدث فى زمن أبى بكر رضى الله عنه مـارواه الجصاص فى تفسره [٢] عن ابن سيرين عن عبيدة قال: جاء عيينة بـن حصن والأقرع بن حابس إلى أبى بكر فقالا : ياخليفة رسـول الله ، إن عندنا أرضا سبخة ليس فيها كلا ولا منفعة ، فإن رأيـت أن تعطيناهـا فأقطعها إياهما وكتب لهما عليها كتابا فأشهد ، وليس فى القـوم عمـر، فانطلقا إلى عمر ليشهد لهما ، فلما سمع عمر مافى الكتاب تناولـه مـن أيديهما ثم تفل فيه فمحاه، فتذمرا وقالا مقالة سيئة ، فقال: إن رسـول الله ﷺ كان يتألفكما والإسلام يؤمئذ قليل، وإن الله قد أغنى الإسـلام؟ إذهبـا فاجهدا (أى أبلغا غايتكما فى العمل) جهدكما ، لايرعـى الله عليكمـا إن رعيتما... فترك أبو بكر الإنكار عليه.

فهذا أبو بكر يكتب لهما تأليفا اقتداء برسول الله ﷺ ظنـا منـه أن حكـم التأليف باق، فلما بين له عمر أن التأليف لم يكن إلا لحاجة وهى تكثـير سواد المسلمين وتقوية شوكتهم حينما كانوا فى قلة وضعف، وقد انتـهت هذه الحاجة وكثر المسلمون وقويت شوكتهم فلا داعى إذا إلىّ التـأليف-

---

[١] هؤلاء المؤلفة منهم من كان مسلما ضعيف الإيمان ومنهم من كان على دينه . أعطاهم ليقوى إيمان الأول ويرغب الثاني في الإسلام .

[٢] انظر : تفسير الجصاص جـ٣ ، ص ١٥٣ .

سلم له ولم ينكر عليه، بل لم ينكر عليه أحد فصار إجماعا على أن الحكم كان دائرا مع علته والغرض منه، فلما انتهى الغرض ترك الحكم [1].

ج - وهناك أحكام شرعها الله في كتابه أو فعلها رسول اللهﷺ، فتراهم ينهون عنها في بعض الأحيان ، مع اعترافهم بمشروعيتها، دفعا لمفسدة تترتب على فعلها.

من ذلك: موقف عمر رضى الله عنه من نكاح المسلم للكتابية وقد عدها الله جلت قدرته في عداد الحلائل في قوله: " والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولامتخذى أخذان [2] فقد روى الإمام محمد في كتابه الآثار عن إبراهيم عن حنيفة "أنه تزوج بيهودية بالمدائن ، فكتب إليه عمر: أن خل سبيلها، فكتب إليه: أحرام يا أمير المؤمنين؟ فكتب إليه عمر: أعزم عليك أن لاتضع كتابي هذا حتى تخلى سبيلها، فإني أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن ، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين "[3].

فقد منع عمر رضى عنه حذيفة من المباح خشية مايترتب عليه من الضرر، وهو ترك المسلمات بلا زواج فيقعن فيما حرمه الله وفي ذلك من الفتنة والفساد ما فيه [4]

---

[1] وفي حكم عمر هذا يقول صاحب مسلم الثبوت : إنه من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء العلة وقال الشارح : وفي التعبير عنهم بالمؤلفة قلوبهم إشارة إلى ذلك " انظر : مسلم الثبوت مع شرحه جـ٢ ص ٨٤ .

[2] سورة المائدة آية ٥ .

[3] انظر : أحكام القرآن للجصاص جـ٢ ص ٣٩٧ ، الآثار لمحمد بن الحسن ص ٧٥ طبعة الهند نقله صاحب رسالة تعليل الأحكام ص ٤٣ .

[4] انظر : تعليل الأحكام ص ٤٣ ، ٤٤ ، والاجتهاد في التشريع الاسلامي للدكتور سلام مدكور ص ٦١ .

د- وهناك أحكام زاجرة اقتضتها الحاجة لم تكن في زمن الرسول ﷺ فقضوا بها دفعا لمفسدة متحققة أو مظنونة وإن أدى ذلك إلى تخصيص النص.

من ذلك: مسألة الطلاق الثلاث، وإيقاعه، وموقف عمر رضى الله عنه من ذلك، فقد أوقع عمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، مخالفا بذلك ماجرى عليه العمل في عهد الرسول ﷺ، وعهد أبي بكر، بل في صدر من عهده هو أيضا لأنه رأى أن هذه هي الوسيلة لمنع المسلمين من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن أفرطوا فيه بلفظ واحد، فقد فعل ذلك للمصلحة وحدها... وأجاز قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله لأنه رأى في عدم قتلهم به إهدارا لدم معصوم، وتشجيعا علي القتل الحرام بالاشتراك فيه فلا تتحقق مصلحة الزجر التي من أجلها شرع القصاص... ولم يقطع يد سارق أو سارقة في عام المجاعة، لأنه رأى أن هذه السرقة كانت لحفظ الحياة ، وحفظ الحياة مقدم على حفظ المال فضرورة المحافظة على الحياة دفعتهم إلى السرقة، والمضطر يجوز له أن يأخذ من مال غيره مايسد ضرورته ولو بدون إذنه فلو أكل هؤلاء ماحرم الله ، كالميتة وغيرها لحل لهم ذلك ولولا حالة الضرورة هذه لقطع عمر أيديهم، وحالة الضرورة هذه شبهة تدرأ الحد فعمر- رضى الله عنه- لم يسقط الحد بعد وجوبه، بل هو لم يجب أصلا لوجود الشبهة التي أوجبت درأه [1].

---

[1] انظر : المصلحة ونجم الدين الطوفي ص ٣١ ، ٣٢ (والنقل بتصرف)

ومن هذا النوع أيضا: حكم عمر رضى الله عنه بتأبيد الحرمة على من تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها زجرا لأمثاله أن يفعلوه، ومعاملة له بنقيض مقصوده ، مع أنها لم تعد من المحرمات فى القرآن والسنة... وكحكم عثمان رضى الله عنه بتوريث المبتوتة فى مرض الموت بعد انقضاء عدتها ، معاملة للزوج بنقيض مقصودة لأن قصده الفرار من الميراث ، وهذه لم تعد في جملة الورثة حيث خرجت عن الزوجية....

وإذا كان الشارع منع القاتل من الميراث معاملة له بنقيض مقصودة حيث استعجل الميراث بالقتل فحرمه الشارع منه، فهؤلاء سلكوا سبيله موافقين غير مخالفين ، ومعتقدهم فى ذلك أن الأحكام شرعت لمقاصد قصدها الحكيم سبحانه، ولولا هذا لوقفوا عند النصوص [١].

هـ- وهناك أفعال فعلوها لم تكن على عهد رسول الله ﷺعللوها بأنها خير، وأحكام حكموا بها فى حوادث جدت معللين بما يوافق العلل المنصوصة .

- فمن الأول: قول عمر لأبى بكر- رضى الله عنهما- فى مسألة جمع القرآن كما رواه البخارى لما قال له أبو بكر: كيف تفعل فعلا لم يفعله رسول الله ﷺ؟ فقال: والله إنه خير ومصلحة الإسلام، فلما اقتنع أبو بكر بخيريته ، أمر زيد بن ثابت بالجمع ، فقال له الآخر: كيف تفعل شيئا لم يفعله رسول الله؟ فأجاب بأنه خير.

---

(١) انظر : تعليل الأحكام ص ٦٣ .

ووجه المصلحة فيه : أن القرآن كان مكتوبا كله ولكنــه مفـرق، وكان المعتمد عليه حينئذ مافى صدور الرجال فلما قتل عدد كبـير مـن القراء فى وقعة اليمامة، رأوا أنهم لو تركوه ضاع بموت القـراء. وقـد يقال: إنهم لم يفعلوا شيئا لم يفعله رسول الله ﷺ لأنه كان يـأمر الكتـاب بالكتابة، وتوفى والقرآن كله مكتوب.

والجواب: أنهم جمعوه فى مكان واحد مرتبا بعد أن كـان مفرقـا غير مرتب ولأنه لو كان مكتوبا على الوجه الذى جمعـوه، لمـا نـازع أبوبكر أولا محتجا بأنه شى لم يفعله رسول الله ، وكذلك ابن ثابت؟ ولمـا لجأ عمر إلى القول بأنه خير، بل كان يكفى أن يقـول: إن رسـول الله فعله[1].

- ومن الثانى: ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبى شيبة عـن القاسـم: أن رجلا سرق من بيت المال ، فكتب عمر بن الخطاب "لاتقطعه فإن له فيه حقا" [2].

وروى مالك فى الموطأ بسند متصل: " أن عبد الله بـن عمـرو الحضرمى جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب فقال له: اقطع يد غلامـى فإنه سرق فقال له عمر: ماذا سرق؟ فقال: سرق مرآة لامرأتـى ثمنـها ستون درهما؟ فقال عمر: أرسله فليـس عليـه قطـع خـادمكم سـرق متاعكم[3].

[1] انظر : المرجع السابق ص ٦٤ .

[2] سبل السلام جـ٤ ص ٢٦ .

[3] انظر : المنتقى شرح موطأ مالك جـ٧ ص ١٨٤ الطبعة الأولى .

وروى محمد بن الحسن قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم: أن معقل بن مقرن المزني أتى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه بأمة له زنت، قال: اجلدها خمسين جلدة، فقال: إنها لم تحصن، قال عبد الله : إسلامها إحصانها قال: فإن عبدا لي سرق من عبد لي آخر، قال "ليس عليه قطع، مالك بعضه من بعض [1].

فهذه الآثار نفت القطع بعد ثبوت مقتضاه وهو السرقة، وأخرجت هؤلاء من عموم النص بعد تعليلهم بما يدفع الحد عنهم من وجود الشبهة في السارق من الغنيمة وهي أنه صاحب حق وفي الخادم وهي خدمته، وعدم إحراز المال عنه لكثرة دخوله عليه، فلم يتحقق موجب القطع وإن سمي سارقا وفي العبد الذي سرق من زميله، وهي أن الكل مال السيد وعدم حرزه عنهم . وكل هذا موافق أو مأخوذ من قوله ﷺ" ادروا الحدود بالشبهات " [2] أو ما في معناه [3].

و- وهناك أحكام اشتبه الأمر فيها على بعضهم فتوقف فيها أو حكم بحكم غير صحيح فيبين له صحابي آخر الصواب فيها فيوافقه.

من ذلك: ماروي عن محمد بن الحسن أنه قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم " أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي برجل قد قتل عمدا فأمر بقتله فعفا بعض الأولياء، فأمر بقتله، فقال عبد الله بن

---

[1] انظر : الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني ص ١٠٧ .

[2] الحديث رواه الترمذي والحاكم في مستدركه والبيهقي في سننه عن عائشة رضي الله عنها كما رواه ابن عدي في الكامل .

انظر الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـ١ ص ٦٠ .

[3] انظر : تعليل الأحكام ص ٦٥ ، ٦٦ .

مسعود رضي الله عنه : كانت النفس لهم جميعا، فلما عفا هذا حي النفس فلا يستطيع أن يأخذ حقه، يعني الذى لم يعف، حتى يأخذ حق غيره قال: فما تري؟ قال: أرى أن تجعل الدية عليه في ماله وترفع عنه حصة الذى عفا. قال عمر رضي الله عنه: وأنا أرى ذلك [1].

بيان هذا: أن الله سبحانه حكم بالقصاص في القتل إلا إذا وجد عفو، فإنه يسقط عنه القود. يقول الله سبحانه: " **يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة.** " [2] والعفو له خمسة معان الذى يصح منها هنا أحد معنيين: العطاء أو الإسقاط. رجح الشافعي الاسقاط ، وغيره العطاء. وروى عن رسول الله ﷺ أنه قال: "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يفتدي وإما أن يقتل " وفي رواية الترمذى "إما أن يعفو وإما أن يقتل [3] وفي رواية أبي داود والنسائي " فمن قتل له قتيل بعد مقالتي هذه فأهله بين خيرتين إما أن يأخذوا العقل أو يقتلوا، [4] فقد جعل الخيار للولي في القتل أو أخذ الدية إن عفا، وليس في الآية والحديث حكم ما لو عفا بعض الأولياء دون الآخرين. فعمر رضي الله عنه نظر في القضية وحكم بالقود كما هو الأصل. ولما عفا البعض ظن أن العفو لا يعمل إلا إذا كان من الجميع، فرجح جانب صاحب الأصل وهو الذى لم يعف فود

(1) انظر : الآثار لمحمد بن الحسن ص ١١٣ .

(2) سورة البقرة : آية ١٧٨ .

(3) نيل الأوطار جـ٧ ص٦٠.

(4) سبل السلام جـ٣ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

عليه ابن مسعود مبينا له أن لكل منهما حقا مستقلا لايجوز إسقاط أحدهما بالآخر، فصاحب العفو لما عفا أسقط القود عن النفس، فلو أمضيناه أسقط حق الذى لم يعف، ولم أمض حق الطالب للقصاص ضاع حق الذى عفا، فجمعا بين الحقين؟ نفرض الدية وفيها يمكن استيفاء كل منهما حقه فيأخذ الطالب نصيبه ويسقط حق الذى عفا [1].

وأخيرا هناك أحكام وقفوا عندها غير معللين أو ظهرت لهم العلة وزوالها، ولكنهم آثروا الوقوف عندها اقتداء برسول الله ﷺ لعدم المصلحة فى تغييرها، وهذا النوع يختلف عما تقدم.

من ذلك: ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه جاء إلى الحجر الأسود فقبله فقال: إنى أعلم أنك حجر لاتضر ولاتنفع ولولا أنى رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ماقبلتك " [2] وقال: " مالنا وللرمل إنما راعينا به المشركين وقد أهلكهم الله، ثم قال: شئ صنعه رسول الله ﷺ لا نحب أن نتركه ثم رمل " [3].

فعمر رضى الله عنه يعرف العلة وزوالها، ومع ذلك يؤثر اتباع رسول الله ﷺ معترفا أن هذا الحكم وما شابهه تعبدى محض أمرنا بالوقوف عنده لانعدوه إلى غيره.

فكثير مانراه رضى الله عنه يعلل الأحكام بعلل اتباعا للمصلحة، لكنه رأى فى هذا الفعل (الرمل) أنه وإن كانت العلة قد زالت فلم يجد

---

(1) انظر : تعليل الأحكام ص ٦٦ ، ٦٧ .

(2) رواه البخارى فى باب ما ذكر فى الحجر الأسود جـ١ ص ١٨٣ ، دار مطابع الشعب .

(3) نقله البيهقى فى سننه جـ٥ ص ٨٢ .

مصلحة فى تركه ولايترتب على فعله مفسدة، ومثل هذا لا يترك وذلك يهدينا إلى مبلغ فهمهم لشريعة الله ومقاصدها، وعدم وقوفهم عند النص فى كل شئ بل فى الأحكام الثابتة التى لايتغير المقصود منها على مر الأيام.

والخلاصة:

أن الصحابة- رضوان الله عليهم- عللوا وأثبتوا الأحكام بناء على هذه العلل، وكان من نتيجة تعليلهم هذا أن غيروا بعض الأحكام تبعا لتغير المعنى الذى من أجله شرع الحكم [1].

[1] انظر : تعليل الأحكام ص ٧١ .

المبحث الخامس

منهج التابعين وتابعيهم فى التعليل

انتهى عصر الصحابة رضوان الله عليهم ، وجاء عصر التابعين وتابعيهم، وكانوا كسلفهم أمناء على شرع الله محافظين على حدود الله، وكان منهجهم فى التعليل لايخرج أيضا عن منهج أسلافهم، وإن تفرقوا فى الطريقة واختلفوا فى المشرب حسب المعين الذى شربوا منه، والصحابى الذى تلقوا عنه، والبيئة التى كونتهم، والظروف التى أحاطت بهم.

وإليك بعضا من هذه التعليلات [١]:

أ – فهناك نصوص جاءت بأحكام مطلقة أو عامة، فوجدوا العمل بهذا الإطلاق أو العموم موصلا إلى خلاف المصلحة، فعملوا بالمصلحة، وإن أدت إلى تقييد النص، أو تخصيصه.

من ذلك ماروى عن أنس رضى الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يارسول الله لو سعرت ، فقال: إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر وإنى لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولايطلبنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال " [٢] وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله سعر لنا ، فقال: بل

---

[١] انظر : تعليل الأحكام ص ٧٢ ومابعدها .

[٢] انظر : نيل الأوطار جـ٥ ص ١٨٦ .

ادعوا الله. ثم جاء آخر فقال: يا رسول الله سعر، فقال: بل الله يخفض ويرفع " [١].

فالرسول ﷺ لايرضى بالتسعير، لما فيه من ظلم بأرباب السلع وهم التجار، حيث إن التسعير يجبرهم على بيع أموالهم بما لايرضون به. والله سبحانه وتعالى نهى عن أن تؤكل أموال الناس إلا إذا كانت تجارة عن تراض .

غير أن طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحى بن سعيد الأنصارى أفتوا بجواز التسعير كما نقله عنهم أبو الوليد الباجى فى شرح الموطأ [٢]. فما الذى استندوا إليه والحديث صريح لالبس فيه، هل ورد حديث آخر يبيح التسعير؟ لا، ولكنها المصلحة ودفع الضرر...

فقد نظر هؤلاء إلى النهى معللا بعدم ما يقتضيه، ومجرد غلاء السعر الذى حدث لايوجبه، فلما جد فى زمنهم مايحوج إليه أفتوا به. ومن تأمل لفظ الحديث بروا يتيه، لم يجد فيه أن التسعير حرام لاتصريحا ولاتلويحا ، بل غاية مافيه تفويض الأمر لله لأنه القابض الباسط ، وأمر لهم بالدعاء كى يرفع الله عنهم مانزل بهم، ولم يكن ثمة غير غلاء السعر، والغلاء كما يكون من تحكم أصحاب السلع رغبة فى ربح كبير، يكون من قضية العرض والطلب، فلو كان الذى حدث فى عهد رسول

---

(١) انظر : المرجع السابق .

(٢) انظر : المنتقى شرح موطأ مالك حـ٥ ص ١٨ . وقال الباجى فيه موجهاً هذا الجواز : " إنه نظر لمصالح الناس ومنع للإفساد عليهم ، وليس فيه جبر للباعة على البيع حتى يكون منافياً للملك ولكنه منع من البيع بغير هذا السعر على حسب ما راه الإمام من المصلحة فيه للبائع والمبتاع ولايمنع البائع ربحاً ولايسوغ له منه ما يضر الناس "

الله ﷺهو تحكم التجار قصد إضرار الناس، ماتركهم من غير تسعير رفعا لهذا الظلم، ولكن الذى حدث فى عصره ﷺ هو مجرد الغلاء فقــط كمــا جاء فى رواية أنس رضى الله عنه "غلا السعر على عهد رســول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله، لو سعرت... " [1].

ب- وهناك أحكام لم يرد بها نص أفتوا وقضوا بها لما فيها من المصلحة وهو مايسمى بالمصلحة المرسلة فى عرف الأصوليين.

من ذلك: ما جاء فى الأم للإمام الشافعى وقد ذهب إلى تضميــــن القصار شريح، فضمن قصارا احترق بيته، فقال : تضمننى وقد احــترق بيتى ؟ فقال شريح: "أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرك [2].

فتراه قد أفتى بما فيه مصلحة الناس، ويرد على قول القصار الذى استبعد فيه تضمينه مع احتراق بيته وليس له دخل فيه بأن هذا لايصلـــح علة لسقوط الضمان مناظراً بشئ متفق عليه وهو احتراق بيت صـــاحب الثوب الذى لايسقط الأجرة عنه، فكذلك هذا [3]

ج- وهناك أفعال مباحة أو مسنونة تركوها لما يترتب على فعلـــها مــن المفاسد: من ذلك؟ مارواه الطبرى عن هشام بن عروة عن أبيه عــن يحى بن عبد الرحمن بن حاطب " أنه اعتمر مع عمر بن الخطـــاب فى ركب فيهم عمرو بن العاص ، وأن عمر بن الخطاب ،عرس[4]

---

[1] انظر : تعليل الأحكام ص ٧٨ ، ٧٩ .

[2] انظر : الأم جـ٧ ص ٨٧ .

[3] تعليل الأحكام ص ٨٥ ، ٨٦ .

[4] جاء فى المصباح المنير مادة عرس : ويقال عرس إذا نزل المسافر ليستريح نزلة ثم يرتحل ، وقالوا : عـــرس القـــوم فى المنزل تعريساً إذا نزلوا أى وقت كان من ليل نهار . انظر الكتاب المذكور ص ٥٤٩ .

ببعض الطريق قريبا من بعض المياه ، فاحتلم عمرو وقد كاد أن يصبح فلم يجد مع الركب ماء ، فركب حتى جاء الماء فجعل يغسل ما رأى من ذلك الاحتلام حتى أسفر ، فقال له عمرو بن العاص : أصبحت ومعنا ثياب فدع ثوبك يغسل ، فقال عمر: واعجبا لك يا عمرو بن العاص لئن كنت تجد ثيابا أفكل الناس يجد ثيابا؟ والله لو فعلتها لكانت سنة بل أغسل ما رأيت وأنضح [١] مالم أر" [٢]

فقد امتنع رضي الله عنه من فعل مباح لما يترتب عليه من مفسدة الحرج على الناس والمشقة التي تلحقهم [٣].

د- وقد يشتبه علي أحدهم الحكم فيحكم أو يفتي خطأ فيبين له الآخر وجه الصواب مبينا سبب الخطأ فيما قال.

من ذلك: ماروواه ابن سعد في طبقاته قال: "سأل رجل سعيد بن المسيب في رجل نذر في معصية، فقال سعيد : يوفي به، فنسأل عكرمة فقال : لايوفي به . قال : فذهب الرجل إلى سعيد فأخبره بقول عكرمة ، فقال سعيد : لاينتهي عبد ابن عباس حتى يلقى في عنقه حبل ويطاف به قال: فجاء الرجل إلي عكرمة فأخبره الخبر فقال له عكرمة: إنك رجل

---

[١] يقال : نضحت الثوب نضحا من باب ضرب ونفع وهو البل بالماء والرش والمصباح المنير ص ٨٣٧ . مادة نضح .

[٢] انظر : المنتقى شرح موطأ مالك حـ١ ص ١٠٢ .

[٣] انظر : تعليل الأحكام ص ٨٩ .

سوء قال: لم؟ فقال: فكما بلغتني فبلغه قل له: هذا النذر لله أم للشـيطان؟ فو الله إن زعم أنه لله ليكذبن، ولئن زعم أنه للشيطان ليكفرن [1] " [2].

فابن المسيب نظر إلى النـص وهـو قولـه تعـالى: " وليوفـوا نذورهم" [3] حيث لم يفصل، وكذلك الأحاديث مطلقة ولكن عكرمة يخطئـه في هذا وينظر إلى المعنى المقصود من الأمر بالوفاء بالنذر، وأنه معلـل بكونه قربة وعبادة يتقرب بها إلى الله سبحانه، فإذا خرج عن هذه الدائرة أمتنع الوفاء به ولذلك أفتى هنا بعدم الوفاء مبينا علة الحكم بأن هذا النذر إن كان لله فلا يصح حيث يمتنع التقرب إليـه بالمعـاصي ، وإن كـان للشيطان كفر من أمره بالوفاء به [4].

---

[1] وفيه قول الرسول ﷺ : " من نذر نذرا في معصية فكفارته كفارة يمين " حجة الله البالغـة جـ٢ ص ٢٠٤ دار التراث .

[2] انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد جـ٥ ص ٢١٤ طبع ليدن .

[3] سورة الحج : آية ٢٩ .

[4] انظر : تعليل الأحكام ص ٩١ .

المبحث السادس
التعليل في عصر تأليف الأصول

بينا آنفا أن التعليل هو- أولا- مسلك القرآن والسنة، ثم علل الصحابة بفطرتهم السليمة ثم سار على نهجهم التابعون وتابعوهم... ثم ابتلى الناس بعلم الكلام ، فجاء التعقيد والخلاف والجدل، ثم انتقل أثر ذلك إلى الميدان الأصولي لاسيما أن عددا من كبار المتكلمين كانوا أصوليين وألفوا في علم الأصول.

وما بيناه سابقا يدل على أن التعليل قبل هذه الحقبة ، أو قبل تأثير علم الكلام في المجال الفقهي الأصولي- كان مسألة مسلمة كما ذكر الشاطبي رحمه الله [1] حيث ينظر إلى الشريعة على أنها رحمة وخير وصلاح وعدل وتزكية، وأنها لم تترك خيرا إلا دلت عليه ، ولم تترك شرا إلا نهت عنه وسدت طريقه ، وأن هذه غايتها وعلتها.

يقول فضيلة الدكتور محمد مصطفى شلبي بعد أن ذكر مسلك القرآن والسنة في التعليل وجمع كثيرا من تعليلات السلف واجتهاداتهم المبنية عليها: "وما كنت بحاجة إلى هذا البحث بعد ماتقدم من عرض نصوص التعليل في القرآن والسنة ومسلك الصحابة والتابعين وتابعيهم فيه غير متخالفين ولامتنازعين ، وفيه الحجة القاطعة على أن أحكام الله

---

[1] انظر : الموافقات جـ٢ ص ٦ .

معللة بمصالح العباد، وقد وجد إجماع أو شبه إجماع على هذه الدعــوى قبل أن يولد المتخاصمون فيها... " [١].

وقد جزم كثير من العلماء بانعقاد الإجماع فى مســألة التعليــل . ومن هؤلاء الآمدى رحمه الله " فقد نص على أنه لا يجوز القول بوجــود حكم لا لعلة إذ هو خلاف إجماع الفقهاء على أن الحكم لا يخلو من علة " ثم أكد ذلك موضع آخر بقوله : "إن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكــام الله تعالى لا تخلو من حكمة ومقصود " [٢] وبمثل هذا صرح ابن الحــاجب فقال: " فإن الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأئمة" [٣].

ويقول الطوفى : " أجمع العلماء - إلا من لا يعتد به من جــامدى الظاهرية- علي تعليل الأحكــام بالمصــالح ودرء المفاســد، حتــى إن المخالفين فى كون الإجماع حجة قالوا بالمصالح " [٤].

---

[١] انظر : تعليل الأحكام ص ٩٦ .

[٢] انظر : الاحكام جـ٣ ص ٣٨٠ ، ٤١١ .

[٣] انظر : منتهى الوصول والأمل فى علمى الأصول والجدل ص ١٨٤ .

[٤] انظر : المصلحة ونجم الدين الطوفى ص ٢١٥ .

والشاطبى نفسه- الذى صرح بوجود مخالفين فى المسألة- نجـده ينص أيضا : على وجود إجماع على التعليل فيقول : "والإجماع علـى أن الشارع يقصد بالتكليف المصالح على الجملة " [1]، ويقول أيضا: "الشارع وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق[2].

وقد انتقد العلامة شاه ولى الله الدهلوى منكرى التعليـل وأنكـر عليهم ظنهم أن الشريعة ليست سوى اختبار وتعبد لا اهتمام لها بشئ مـن المصالح ، ثم قال: "وهذا ظن فاسد تكذبه السنة وإجماع القرون المشـهود لها بالخير" [3].

هذا: والإجماع المذكور فى الأقوال السابقة وإن كـان ينصـرف أساسا إلى السلف من جهة وإلى الفقهاء والأصوليين من جهـة أخـرى، فانصرافه هذا لاينقص من قيمته فى شئ ، لأنه إجماع السلف المقتـدى بهم ، كما أنه إجماع أهل الاختصاص بعد ذلك.

ومن هنا: فإن خرق بعض المتكلمين فـى زمـن متـأخر لـهذا الإجماع، لايقدح فيه، بل الإجماع قادح فيما ابتدعـوه مـن النظريـات والمعقولات الجدلية [4].

ومن هنا أيضا: فلا عبرة بما قاله ابن السبكى وهو يعقـب علـى قول البيضاوى: " الاستقراء دل على أن الله تعالى شرع أحكامه لمصـالح

---

[1] انظر : الموافقات جـ٢ ص ١٢٦ .

[2] انظر : المرجع السابق جـ١ ص ١٣٩ .

[3] انظر : حجة الله البالغة جـ١ ص ٦ .

[4] انظر : نظرية المقاصد ص ١٨٥ .

عباده تفضلا وإحسانا " حيث قال في الشرح: "وقد ادعى بعضهم الإجماع على أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد... وهذه الدعوى باطلة ، لأن المتكلمين- يقصد المتكلمين الأشاعرة - لم يقولوا بتعليل الأحكام، لا بطريق الوجوب ولا الجواز... " [١]. وما ذكره ابن السبكي لايقدح في دعوى الإجماع ، لأن الظاهر من أدلة المنكرين أن محل الإنكار إنما هو التعليل بعلل موجبة وباعثة حقيقة لله تعالى على أن يحكم بحكم معين، وليس هذا موضوع الإجماع، وإنما موضوعه: أن الله تعالى شرع أحكامه لحكم ومصالح تعود على العباد. لا على معنى أن تكون هذه الحكم أغراضا باعثة حقيقة له تعالى بحيث يعد مستكملا بغيره، بل على معنى أنها غاية وحكمة مترتبة على فعله وحكمه [٢].

---

[١] ثم ذكر دليلهم على إنكار التعليل قائلا " وقد قالوا لايجوز أن تعلل أفعال الله تعالى : لأن من فعل فعلا لغرض كان حصوله بالنسبة إليه أولى سواء كان ذلك العرض يعود إليه أم إلى الغير وإذا كان كذلك يكون ناقصا في نفسه مستكملا في غيره ويتعالى الله سبحانه عن ذلك " انظر الابهاج شرح المنهاج جـ ٣ ص ٦٨ .

وقد رد على هذا الدليل المذكور لمنكرى التعليل بأن الحكم والمصالح والغايات المترتبة على أفعال الله بتشريع أحكامه إنما هى راجعة إلى المكلفين فالعباد هم المحتاجون إلى تلك الحكم والمصالح فمن أجل ذلك شرع أحكامه لمصلحة راجعة إلى الخلق .

[٢] وإذا كان ابن السبكى قد نفى التعليل بالمصالح بمعنى الاغراض والبواعث ، فإن هذا ليس معناه أنه ينفى التعليل بالحكم والمصالح التى ليست بأغراض أو بواعث لأنه قائل بذلك يدل عليه أنه صرح قبل نقضه للإجماع المذكور فى المسألة أن أحكام الشرع قد جاءت على وفق مصالح العباد فقال : أنا استقرأنا أحكام الشرع فوجدناها على وفق مصالح العباد ، وذلك من فضل الله تعالى وإحسانه لا بطريق الوجوب عليه خلافا للمعتزلة فحيث ثبت حكم وهناك وصف صالح لعلية ذلك الحكم ولم يوجد غيره يحصل ظن أن ذلك الوصف علة لذلك الحكم والعمل بالظن واجب "

انظر : الابهاج شرح المنهاج جـ٣ ص ٦٨ .

على أن من أمعن النظر ودقق البحث وجد أنه: لا خلاف في الحقيقة بين متكلمى الأشاعرة القائلين بأن الأحكام الشرعية ليست معللة بالحكم والمصالح وبين الجمهور القائلين بأنها معللة، لأن العلل والبواعث التى قال بها الجمهور: هى المصالح والحكم المترتبة على أحكامه تعالى المقصودة من شرعيتها على سبيل التفضل والإحسان.

وأما البواعث التى أنكرها متكلموا الأشاعرة : فهى العلل والبواعث والأغراض الحاملة للفاعل على الفعل، المسلتزمة للنقص فى حق الفاعل لاستكماله بها، وهذا لايقول به الجمهور قطعا بل ينكرونها إنكارا باتا، إذ الكل متفق علي وجوب اتصافه تعالى بالكمال المطلق والاستغناء التام .

فالعلماء جميعا متفقون على نفى الأغراض والعلل عن أحكامه تعالى وأفعاله بمعناها الحقيقى المتعارف فى الحوادث ، وعلى إثباتها للأحكام والأفعال بمعني الحكم والمصالح المترتبة عليها على سبيل التفضل والإحسان.

غاية الأمر: أن الجمهور من الفقهاء يعبرون عن . هذه الحكم والمصالح بالعلل والبواعث، ولايتحرجون من هذا التعبير اعتمادا على أن الأدلة القطعية الدالة على اتصافه تعالى بالكمال المطلق كفيلة بإبعاد ظاهره عن الأفهام.

وأما متكلموا الأشاعرة: فإنهم يعبرون عن هذا بالغايات والحكم ويتحاشون التعبير عنها بالعلل والبواعث لما فيه من إيهام المراد [1].

وإذا كانت حكاية الإجماع على أن الأحكام معللة بمصالح العباد، لاتتنافى مع ماحكى عن متكلمى الأشاعرة من إنكار التعليل ، فهناك مسألة أخرى تتعلق بما تقدم ، وهى وجوب تعليل أفعال الله تعالى عند المعتزلة أو منع ذلك عند غيرهم وأرى نقل عبارة الطوفي في هذا المضمار، فإنها على قصرها مفيدة لتصور الآراء فى المسألتين، مع تجنب الجدل، والتطويل والمناقشات العقلية الكثيرة.

---

[1] ومن الذين اهتموا برفع الخلاف بين القائلين بالتعليل وبين المتكلمين المنكرين له، ابن الهمام الحنفى ، فقد حاول تقريب الشقة بقوله: الأقرب إلى التحقيق أن الخلاف لفظى مبنى على معنى العرض.فمن فسره بالمنفعة العائدة إلى الفاعل، قال: لا تعلل، ولاينبغى، أن ينازع فى هذا. ومن فسره بالعائدة على العباد، قال: تعلل، وكذلك لاينبغى أن ينازع فيه ".وقد مال ابن عاشور- شيئا ما- إلى مثل هذا التوفيق فقال: "والمسألة مختلف فيها بين المتكلمين اختلافا يشبه أن يكون لفظيا.فإن جميع المسلمين اتفقوا على أن أفعال الله تعالى ناشئة عن إرادة واختيار، وعلى وفق علمه. وأن جميعها مشتمل على حكم ومصالح.و إنما الخلاف فى أنها أتوصف بكونها أغراضا وعللا غائية أم لا" ثم نبه على أمر قد يكون هو الخلفية الحقيقية لهذا الإنكار الغريب لتعليل الأحكام ، وهو أن المنكرين قد اضطروا لهذا الإنكار فرارا من المقولات والالزامات الاعتزالية، التى تجعل القول بالتعليل مقدمة للقول بوجوب الأصلح والإصلاح على الله.وقد ذهب الدكتور البوطى إلى توفيق آخر، فقد رأى أن التعليل المقصود فى علم الكلام هو غير التعليل الأصولى الفقهى. ولهذا فالتعليل المنفى هناك هو غير التعليل المثبت هنا. قال: "فالعلة التى يتحدثون عنها فى علم الكلام، هى العلة التى يقصدها الفلاسفة ، وهى مايوجب الشئ لذاته ... ولا ريب أنه لايصح أن ينسب هذا التعليل إلى أفعال الله تعالى بأى حال... أما مراد أهل السنة بالعلة التى يثبتونها للأحكام فى بحث الأصول ، فهو العلة الجعلية التى تبدو لنا كذلك، إذ جعلها الله تعالى موجبة لحكم معين. انظر: تيسير التحرير جـ٣ ص ٣٠٤، ٣٠٥، ونظرية المقاصد ١٨٧، ١٨٨ نقلا عن تفسير التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور جـ١ ص ٣٧٩- ٣٨١، وضوابط المصلحة ص ٩٦، ٩٧ (والنقل بتصرف).

قال نجم الدين الطوفى عند بيان اهتمام الشارع بالمصلحة من جهة التفصيل [1]: " وأما التفصيل ففيه أبحاث :

[1] أما بيان اهتمام الشارع بالمصلحة من جهة الإجمال ، فقد ذكر- رحمه الله- قوله عز وجل: "يا أيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم وشفاء لما فى الصدور وهدى ورحمه للمؤمنين، قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون " ٥٧، ٥٨ سورة يونس.

ودلالتهما من وجوه: أحدهما: قوله عز وجل: لا قد جاءتكم موعظة"حيث اهتم بوعظهم وفيه أكبر مصالحهم ، إذ فى الوعظ كفهم عن الردى وإرشادهم إلى الهدى.

الثانى : وصف القرآن بأنه شفاء لما فى الصدور يعنى من شك ونحوه ، وهو مصلحة عظيمة .

الثالث : وصفة بالهدى .

الرابع : وصفة بالرحمة ، وفى الهدى والرحمة غاية المصلحة

الخامس إضافة ذلك إلى فضل الله ورحمته ، ولايصدر عنهما إلا مصلحة عظيمة .

السادس : أمره إياهم بالفرح بذلك فقوله عز وجل : " فبذلك فليفرحوا " هو فى معنى التهنئة لهم ، والفرح والتهنئة إنما يكونان لمصلحة عظيمة .

السابع : قوله عز وجل " هو خير مما يجمعون " والذى يجمعونه هو من مصالحهم . فالقرآن ونفعه أصلح من مصالحهم، والأصلح من المصلحة غاية المصلحة . ثم قال فهذه سبعة أوجه تدل على أن الشرع راعى مصلحة المكلفين واهتم بها . (المصلحة ونجم الدين الطوفى ص١٩ ، ٢٠ من ملحق الرسالة) .

البحث الأول:

فى أن أفعال الله عز وجل معلله [١] أم لا .

حجة المثبت: أن فعلا لا علة له عبث، والله عز وجل منزه عن العبث، وأن القرآن مملوء من تعليل الأفعال نحو "لتعلموا عدد السنين والحساب [٢].

وحجة النافى: أن كل من فعل فعلا لعلة فهو مستكمل بتلك العلة مالم يكن له قبلها، فيكون ناقصا بذاته كاملا بغيره، والنقص على الله عز وجل محال.

وأجيب عنه بمنع الكلية ، فلا يلزم ما ذكروه إلا فى حق المخلوقين. والتحقيق أن أفعال الله عز وجل معللة بحكم غائية تعود بنفع المكلفين وكمالهم، لا بنفع الله عز وجل وكماله لاستغنائه بذاته عما سواه.

البحث الثانى:

أن رعاية المصالح تفضل من الله عز وجل على خلقه عند أهل السنة، واجبة عليه عند المعتزلة.

---

[١] أصل هذه المسالة : القول بوجوب الأصلح على الله عند المعتزلة بناء على الحسن والقبح العقلى عندهم ، وأصل الحسن والقبح فرع أن أفعال العباد مخلوقة بقدرة العبد استقلالا . وقال الأشاعرة لايجب على الله الأصلح لانتفاء الحسن والقبح ، لأن الأصل فى أفعال العباد عندهم أنها مخلوقة لله ، وأعمال العباد من مسائل الكلام وهى أول مسالة وقع فيها النزاع بين متكلمى الأشاعرة والمعتزلة اختلف فيها واصل بن عطاء مع أستاذه الحسن البصرى واعتزله .

[٢] سورة الاسراء :آية ١٢.

حجة الأولين: أن الله عز وجل متصرف فى خلقه بـــالملك، فــلا يجب عليه شئ، وأن الإيجاب يستدعى موجبا أعلى، ولا أعلـــى مــن الله عز وجل.

وحجة الآخرين: أن الله عز وجل كلف خلقه بالعبادة فوجـــب أن يراعى مصالحهم إزالة لعللهم فى التكليف، وإلا لكان ذلك تكليفا بمـــا لا يطاق أو شبيها به.

وأجيب عنه: بأن هذا مبنى على تحسين العقل وتقبيحه وهو بــاطل عن الجمهور.

والحق أن رعاية المصالح واجبة من الله عز وجل حيــث الــتزم التفضل بها لا واجبة عليه، كما فى قوله تعـــالى:" **إنمـــا التوبـــة علـــى الله**"[1]فإن قبولها واجب منه لاعليه، وكذلك الرحمة فى قولة تعالى: "**كتب ربكم على نفسه الرحمة** " [2]فإن الرحمة واجبه منـــه لا عليـــه ونحـــو ذلك[3]. هذا : ونخلص مما تقدم أن من نفى التعليل ومن أثبته كلهم متفقون على أن المصالح معتبرة في الأحكام، فالأحكام معللة بـــها، لأن النـــافى ينفى التعليل الباعث و الحامل للفاعل على أن يحكم بحكم معين، وهـــذه إحدى المسألتين .

أما وجوب تعليل أفعاله تعالى عند المعتزلة، ومنـــع ذلـــك عنـــد الأشاعرة فحاصلها :

---

(1) سورة النساء :آية ١٧.

(2) سورة الأنعام :آية ١٢.

(3) انظر المصلحة ونجم الدين الطوفى ص٢١، ٢٢ من ملحق الرسالة .

أنه أسند إلى الأشاعرة منع التعليل ، فبعضهم فسره باستحالته، وبعضهم أسند إليهم عدم وجوبه في مقابلة المعتزلة القائلين بالوجوب، وعلى الأخير يلزم منه أنهم قالوا بجوازه، وهذا ما عبروا عنه عندهم بالوجوب تفضلا وإحسانا، وهو معنى قول الطوفي واجب منه. ومن نسب إليهم استحالة التعليل فهمه من استدلالهم بلزوم الاستكمال بالغير، لأنه يتفرع على الوجوب والجواز معا.

وصرح الماتردية بأن أفعال الله تعالى كلها معللة بالمصالح لاعلى سبيل الوجوب، وعمموا فقالوا: إنها معللة سواء ظهرت لنا المصالح أم خفيت علينا.

أما المعتزلة فقد أطلقوا بحكم مذهبهم في جانب الله لفظي الوجوب والغرض، عملا بمبدئهم: وهو وجوب فعل الصلاح والأصلح على الله سبحانه، والوا قع: أن المعتزلة لا يريدون الوجوب – أي وجوب رعاية المصالح على الله تعالى– بمعنى القهر، بل قالوا: إن من حكمة الله تعالى أن لا تخلو أحكامه عن الغرض، وأرادوا بالغرض الغاية، وهو متمحض لتكميل الغير، فهو أمر يتبع الكمال ولا يتبعه الكمال، وقالوا: إن الباعث له تعالى على الفعل هر محض الجود من الفاعل والرحمة منه... وقالوا أيضا في الوجوب: بأنه وجوب التواب والجود، وهذا المعنى الذي أرادوه يساوي ما قاله بعض الأشاعرة والماتردية وهم الفقهاء: وجوب تفضل وإحسان ، ويدل على إرادة المعتزلة هذا المعنى ما صرحوا به في وجوب الأصلح حيث قالوا : إن قدرة الله لا تتعلق بغير الأصلح ، لأن

تركه بخل يستحيل علي الكريم البالغ نهاية الكرم [١]، وقد عبر الكمال بن الهمام عنهم بقوله: " فقولهم: يجب الأصلح كقولنا: يجب ألا يتصف بنقص ويجب وقوع وعده " [٢].

ويظهر مما تقدم: أن الكل يقولون برعاية المصالح، وأن أحكام الله تعالى معللة بها، وأن من عبر بوجوب رعاية المصالح كمن عبر برعاية المصالح تفضلا منه وإحسانا ، إذ الجميع متفقون فى المعنى، وهو تنزيه الله تعالى عن كل نقص، واتصافه بكل كمال ، لأن إسلامهم يمنعهم أن يصفوا الله بما لا يليق به. وما اشتهر عن المعتزلة إنما هو تحريف فى النقل وخطأ فى الفهم، ربما كان سببه اختلاط المسلمين بغيرهم ووقوع الدس فى الكتب الإسلامية بقصد الهجوم عليهم عن طريق تحريف الآراء. قال ابن القيم: " وما قدروا الله حق قدره " [٣] من نفى حقيقة حكمته التى هى الغايات المحمودة المقصودة بفعله. وقال: إن فى حكمة الله تعالى قدر ألف آية فى كتابه. وقال: محال علي أحكم الحاكمين وأعلم العالمين أن تكون أفعاله عارية عن الحكم والمصالح والغايات الحميدة، والقرآن والسنة والعقول والفطر والآيات شاهدة ببطلان ذلك [٤].

---

[١] انظر :تعليل الأحكام ص ٩٩ وما بعدها ومقاصد الشريعة لفضيلة الشيخ أنيس عبادة ص ٣١، ٣٢، (والنقل بتصرف).

[٢] انظر :تيسير التحرير جـ٣ ص٣٠٥.

[٣] سورة الزمر : آية ٦٧.

[٤] انظر : مقاصد الشريعة لفضيلة الشيخ أنيس عبادة ص٣٢.

المبحث السابع

ابن حزم والتعليل:

إذا كان البعض قد حاول رفع الخلاف بين الجمهور القائلين بالتعليل وبين المتكلمين المنكرين له، فإنه لايمكن القول بأن المسألة – فى النهاية– أمست لا خلاف فيها، وكيف نقول ذلك، وهناك جبهة قوية أنكرت التعليل من أساسه بل جعلوه دين إبليس، وهم الظاهرية الذين دافعوا عن التعبد المحض، وعلى رأسهم ابن حزم الظاهرى. فذهب الظاهرية إلى أن أحكام الله تعالى لا تعلل بالمصالح إلا إذا نص الشارع على التعليل، فإذا كانت الأحكام لا تثبت إلا بناء عن وجود نص، فكذا التعليل بالمصالح لا يثبت إلا إذا نص عليه. وقد خصص ابن حزم بابا كاملا من كتابه " الإحكام " لهدم فكرة التعليل. قال في عنوانه "الباب التاسع والثلاثون فى إبطال القول بالعلل فى جميع أحكام الدين " وقد نسب هذا الإنكار إلى جميع الظاهرية قبله فقال: " وقال أبو سليمان[1] وجميع أصحابه. رضى الله عنهم: لا يفعل الله شيئا من الأحكام وغيرها لعلة أصلا بوجه من الوجه.... قال أبو محمد : وهذا هو ديننا الذى ندين الله تعالى به، وندعوا عباد الله تعالى إليه، ونقطع على أنه الحق عند الله تعالى" [2].

---

[1] هو أبو سليمان البغدادى الأصفهاني ، داود بن على الظاهرى ، الإمام الأول للظاهرية .

[2] انظر الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم حـ٨صـ١١١٠.

واستدل الظاهرية على مذهبهم- وهو منع التعليل بالمصالح- بما يأتي:

أولا: أن الله لا يسأل عما يفعل، والتعليل يوجد مسئولية على الله تعالى وهو منزه عن ذلك بقوله تعالى: " لا يسأل عما يفعل وهم يسألون"[1].

وفى ذلك يقول ابن حزم فى إحكامه: وقد قال الله تعالى واصفا لنفسه: " لايسأل عما يفعل وهم يسألون " فأخبر تعالى بالفرق بيننا وبينه، وأن أفعاله لايجرى فيها "لم؟ ".. وإذا لم يحل لنا أن نسأله عن شئ من أحكامه تعالى وأفعاله " لم كان هذا " فقد بطلت الأسباب جملة، وسقطت العلل ألبتة إلا ما نص الله تعالى عليه أنه فعل أمر كذا لأجل كذا، وهذا أيضا مما لايسأل عنه، فلا يحل لأحد أن يقول : لم كان هذا السبب لهذا الحكم ولم يكن لغيره ؟ ولا أن يقول: لم جعل هذا الشئ سببا دون أن يكون غيره سببا أيضا، لأن من فعل هذا السؤال، فقد عصى الله عزوجل، وألحد فى الدين، وخالف قوله تعالى: (لايسأل عما يفعل) فمن سأل الله عما يفعل فهو فاسق...."- [2]

ويرد على ابن حزم: بأنه اعتبر البحث عن علة النصوص فى الشريعة، كالبحث عن علة فعله تعالى، فكما لايجوز أن نسأل : لم فعل كذا ؟ فلا يجوز أن نسأل: لم نص على كذا؟ وهذا قياس مع الفارق، لأن البحث عن علل النصوص فى الشريعة ومقاصدها، إنما هو لمعرفة

---

[1] سورة الأنبياء :٢٣.

[2] انظر : الإحكام لابن حزم جـ ٨ ص ١١٣٠ .

المراد منها والمطلوب فيها، وقصد الشارع من الحكم الذى اشتمل عليه النص، ولا يدرك ذلك إلا المجتهد، فهو الذى يستطيع أن يتحرى الدقة لمعرفة العلة فى الحكم المنصوص عليه، ويعديه إلى غير المنصوص عليه، أورد الجزئى إلى قاعدته الكلية لينفذ إرادة الشارع فى كل ما يتحقق فيه معنى النص وغايته على الوجه الأكمل، وذلك واجب فى الدين لا ممنوع، لأن النصوص تتناهى والحوادث لاتتناهى، ولايمكن أن ينص على كل جزئية تحدث ، وإنما ينص على مبادئ عامة وأحكام كلية يندرج تحتها مالا يحصى من الجزئيات فالعلة هى نقطة الاتصال بين المنصوص عليه وغير المنصوص فى عملية القياس ، فكيف لا نبحث عنها؟

إذن فالبحث عن العلة إنما هو من أجل تطبيق شرع الله ، ومن أجل الاعتبار الذى أمرنا به فى قوله سبحانه : " فاعتبروا ياأولى الأبصار" [1] وسنه لنا رسول الله ﷺ عملا باجتهاده ، وقولا بما ورد فى حديث معاذ ، فكيف يكون البحث عن العلة استطالة علي مقام الألوهية، وهو في نفس الوقت توضيح لعظمة التشريع الإلهى والإعجاز الربانى.

كما أن من يبحث عن علل النصوص لتحقيق أهدافها، لايجعل الله سبحانه وتعالى مسئولا، إنما ليحقق مسئولية العباد بمقتضى النصوص فى أوسع مدى وأبعد غاية ، وفرق بين الأمرين عظيم جدا. أما السؤال عن فعله سبحانه وتعالى ، فهو استطالة على مقام الربوبية ، وليس لأحد سلطان بجوار سلطانه إنه مالك الملك ذو الجلال والإكرام ، فليس لأحد أن

---

[1] سورة الحشر :آية ٢.

يستطيل فيسأل عن علة أفعاله تعالى ، لأنـــه الحكيــم العليــم اللطيــف الخبير [١].

ثانيا: واستدل أيضا بقوله تعالى حاكيا عن إبليس إذ عصى وأبـــى عــن السجود: " **أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين*** " [٢] فقـد فضل إبليس نفسه على آدم معللا ذلك بأنه خلق من نار وآدم مـــن طين، والنار خير من الطين، وبتعليله هذا وقع في المعصية، فكــان التعليل مخالفا للدين، ولو كان مشروعا لقبل تعليله.

ويرد على ابن حزم: بأن عدم تقبول التعليل من إبليس ليـــس لأن التعليل في الأصل باطل كما ظن ابن حزم، ولكن لأن إبليس علل تعليــلا باطلا ، حيث جعل أساس التفضيل هو العنصر الذى كان منه التكويـــن، ونسى أن التفضيل من الخلاق العليم ، وقد فضل آدم، فلا محل بعد ذلــك للنظر إلى أصل التكوين ، لكنه رفض السجود وطعن في الحكم، وعلـــل بما يفيد أن الله تعالي ظالم إذ فضل عليه من هو دونه، ولهذا كان تعليلـــه باطلا [٣].

ثالثا: واستدل أيضا بأن الله عز وجل حكى عن قوم من أهل الاســتخفاف أنهم قالوا إذا أمروا بالصدقة: " **أنطعم من لو يشاء الله أطعمه** " [٤]

---

[١] انظر :ابن حزم لفضيلة الشيخ أبي زهرة ص٣٩٤ ومابعد ها، وتاريخ الذاهب الفقهية له أيضا ص٤٣٠، ٣٤١، والمصالح المرسلة وأثرها في الفقه الإسلامي للزميل الدكتور -رمضان هيتمى ص٥٤ رسالة دكتوراه بكلية الشريعة القاهرة .

* سورة ص(٧٦)

[٢] انظر الإحكام لابن حزم جـــ ٨ ص ١١٣٩.

[٣] انظر :المصالح المرسلة وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٥٧ .

[٤] سورة يس :آية ٤٧.

فهذا إنكار منه تعالى للتعليل، لأنهم قالوا: لو أراد الله تعالى إطعام هؤلاء لأطعمهم دون أن يكلفنا نحن إطعامهم وهذا نص لاخفاء به، على أنه لايجوز تعليل شئ من أوامره، وإنما يلزم فيها الانقياد فقط، وقبولها على ظاهرها [1].

ويرد عليه بأن الاستنكار ليس على أصل التعليل ، فأصل التعليل ليس باطلا، وإنما الاستنكار فى أن المشركين عللوا تعليلا باطلا، حيث إنهم عللوا رفضهم التكليف بالإطعام بأن الله تعالي قادر على إطعامهم إذا شاء ، فجعلوا قدرة الله تعالى على الإطعام علة للمنع وعدم العطاء، فكان تعليلهم باطلا ، لأنه يدل على عصيانهم لأوامره ، وطعنهم فى تكليفه لهم بما يستطيع هو أن يفعله. فسؤالهم كان إبطالا للتكليف وليس تعليلا للتكليف [2].

وبعد : هذه الوقفة مع أهم ما ذكره ابن حزم فى إنكار التعليل والرد عليه، لا يسعنا إلا أن نقول: إن مذهب ابن حزم- والظاهرية على وجه العموم- ينطوى على مغالطة فادحة، حيث إنه يحرم ويفسق كل تساؤل عن مقاصد الشارع وأسرار الشريعة ، ويضرب بيد من حديد على كل باحث عن حكم الشريعة وعلل أحكامها. وهو بهذا يغلق الباب على ما يسميه الأصوليون " مسالك التعليل " باستثناء مسلك النص فى ظاهره.

---

[1] انظر الإحكام لابن حزم جـ ٨ص ١١٣٩ .

[2] انظر : ابن حزم لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة ص٤٠٧ .

المبحث الثامن

تصحيح مانسب إلى بعض العلماء أنهم أنكروا التعليل

أ- ذكر الزنجانى فى كتابه : " تخريج الفروع على الأصول " عن إمامه الشافعي رضى الله عنه وعن جماهير أهل السنة ، أنهم قالوا بعدم التعليل برعاية ا لمصالح، وأن الأحكام الشرعية أثبتها الله سبحانه تحكما وتعبدا غير معللة.. " ثم قال: وما يتعلق بها من مصالح العباد، فذلك حاصل ضمنا، وتبعا لا أصلا ومقصودا ، إذ ليست المصلحة واجبة الحصول فى حكمه .

ثم نسب إلى الحنفية أنهم قالوا بالتعليل فقال عنهم: "وذهب المنتمون إلى أبى حنيفة رضى الله عنه من علماء الأصول، أن الأحكام الشرعية شرعها الله معللة بمصالح العباد لا غير" [1]. وبعد أن أسند الزنجانى- رحمه الله- عدم التعليل للإمام الشافعى ، والقول به للحنفية، ذكر بعض الفروع التي عللها ولم يعللها الشافعى قائلا: " وإذا تمهدت هذه القاعدة فنقول: الشافعى رضى الله عنه حيث رأى أن التعبد فى الأحكام هو الأصل غلب احتمال التعبد، وبنى مسائله فى الفروع عليه. وأبو حنيفة رضى الله عنه حيث رأى أن التعليل هو الأصل بنى مسائله فى الفروع عليه، فتفرع عن الأصلين المذكورين مسائل " أذكر بعضها:

منها: أن الماء يتعين لإزالة النجاسة عند الشافعى رضى الله عنه، ولايلحق غيره به تغليبا للتعبد.

[1] انظر : تخريج الفروع الأصول للزنجاني ص ٤ وما بعدها بتحقيق الدكتور أديب صالح .

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يلحق به كل مائع طاهر مزيل للعين والأثر تغليبا للتعليل:

ومنها: أن جلد الكلب لا يطهر بالدباغ عند الشافعي رضي الله عنه تغليبا للتعبد بترجيح الاجتناب على الاقتراب. وعندهم: يطهر تشوفا إلى التعليل .

ومنها : أن ذكاة مالا يؤكل لحمه لا يفيد طهارة الجلد عندنا مراعاة للتعبد، كما في ذكاة المجوس وبخاصة اللحم من هذا الذبيح، وعندهم: يطهر تشوفا إلى تعليل الطهارة بسفح الدم والرطوبات المتعفنة[1].

وهناك مسائل أخرى ذكرها الزنجاني تفريعا على الأصلين السابقين.

غير أنني أقول: إن الزنجاني نسب إلى الإمام الشافعي وجماهير أهل السنة القول بعدم التعليل دون أن يقدم أي دليل على ذلك، نعم أورد بعض الفروع، غير أنها لا تدل في شئ على إنكار التعليل جملة، بل إن الزنجاني قدم لنا– وفي نفس الكتاب – ما ينقض دعواه هذه، فقد نسب للإمام الشافعي تعليل شرعية الزكاة تعليلا مصلحيا ، وأن معني العبادة فيها تبع فقال: "معتقد الشافعي رضي الله عنه أن الزكاة مئونة مالية وجبت للفقراء على الأغنياء، بقرابة الإسلام، على سبيل ا لمواساة. ومعنى العبادة تبع فيها، وإنما أثبته الشرع ترغيبا في أدائها، حيث كانت

[1] انظر :المرجع السابق ص ٦، ٧.

النفوس مجبولة على الضنة والبخل، فأمر بالتقرب إلى الله تعالى بها، ليطمع في الثواب، ويبادر إلى تحقيق المقصود [1].

هذا عن الأمام الشافعى، وأما عن جماهير أهل السنة، فالأمر أوضح فى الادعاء المحصن ، وما تقدم فيه الكفاية للرد عليه.

ب- موقف الإمام الرازي:

ذكر الشاطبى رحمه الله أن الإمام الرازى أنكر التعليل إنكارا باتا، وتابعه فى هذه المقولة كثير ممن جاءوا بعده، نقال في مقدمة كتاب المقاصد: " وزعم الرازى أن أحكام الله ليست معللة بعلة ألبتة كما أن أفعاله كذلك " ثم قال: " والمعتمد إنما هو أنا استقرأنا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازى ولا غيره " [2].

فالشاطبى لم يسم من المنكرين للتعليل أحدا غير الرازى، ثم جعل إنكاره للتعليل باتا وشاملا لأفعال الله وأحكامه، ولم يتعرض لموقف ابن حزم الذى كان يستحق أن تقال عنه العبارة التى قالها عن الرازى ، مع أن ابن حزم قد خصص بابا كاملا لهدم فكرة التعليل كما ذكرت سابقا.

وموقف الرازى من التعليل ، ينبغى أن يؤخذ من خلال كتاباته الأصولية وفى دائرة مذهبه الأصولى.

فالرازى من أهل القياس، ولا قياس بدون تعليل ، بل مدار القياس على التعليل فى كل شئ. وأبرز ما يتجلى فيه موقف الرازى الواضح من التعليل، هو كلامه على "مسالك العلة وبالذات على " مسلك المناسبة "

---

(1) انظر المرجع السابق ص ٤٢.

(2) انظر :الموافقات جـ٢ ص ٦.

وذلك في كتابه وموسوعته الأصولية " المحصول " حيث يقول: "المناسبة تفيد ظن العلية والظن واجب العمل به".

بيان الأول من وجهين :

الأول: أن الله تعالى شرع الأحكام لمصلحة العباد، وهذه مصلحة، فيحصل ظن أن الله تعالى إنما شرعه لهذه المصلحة.

فهذه مقدمات ثلاث لابد من إثباتها بالدليل:

أما المقدمة الأولى" فالدليل عليها من وجوه:

أحدها: أن الله تعالى خصص الواقعة المعينة بالحكم المعين لمرجح، أو لا مرجح.

القسم الثاني باطل، وإلا لزم ترجيح أحد الطرفين علي الآخر لا لمرجح، وهذا محال، فثبت القسم الأول.

وذلك المرجح إما أن يكون عائدا إلى الله تعالى أو إلى العبد..

والأول باطل بإجماع المسلمين، فتعين الثاني. والعائد إلي العبد إما أن يكون مصلحة العبد أو مفسدته، أو مالا يكون لا مصلحته ولا مفسدته.

والقسم الثاني والثالث باطلان باتفاق العقلاء، فتعين الأول، فثبت أنه تعالى إنما شرع الأحكام لمصالح العباد.

وثانيها: أنه تعالى حكيم بإجماع العلماء، والحكيم لا يفعل إلا لمصلحة، فإن من يفعل لا لمصلحة يكون عابثا، والعبث على الله تعالى محال ، للنص والإجماع والمعقول... فثبت أنه تعالى شرع الأحكام لمصالح العباد....

وثالثها: أن الله تعالى خلق الآدمي مشرفا مكرما لقوله تعالى: **ولقد كرمنا بني آدم** "[1] ومن كرم أحدا ثم سعى في تحصيل مطلوبة، كان ذلك السعي ملائما لأفعال العقلاء، مستحسنا فيما بينهم- فإذن: ظن كون المكلف مكرما- يقتضي ظن أن الله تعالى لا يشرع إلا ما يكون مصلحة له.

ورابعها: أن الله تعالى خلق الآدميين للعبادة لقوله تعالى: "**وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون** ، [2] والحكيم إذا أمر عبده بشيئ- فلابد وأن يزيح عذره وعلته، ويسعى في تحصيل منافعه . ودفع المضار عنه، ليصير فارغ البال ، فيتمكن من الاشتغال بأداء ، ما أمره به، والاجتناب عما نهاه عنه، فكونه مكلفا يقتضي ظن أن الله تعالى لا يشرع إلا ما يكون مصلحة له.

وخامسها: النصوص الدالة على أن مصالح الخلق ودفع المضار عنهم مطلوب الشرع. قال تعالى: " **وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين**[3]، وقال: "**خلق لكم مافى الأرض جميعا**، [4] وقال: "**وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعا منه** " [5]، وقال: "**وما جعل عليكم في الدين من حرج** " [6].

---

(1) سورة الإسراء :آية ٧٠.

(2) سورة الذاريات :آية ٥٦.

(3) سورة الأنبياء :آية ١٠٧.

(4) سورة البقرة : آيه ٢٩.

(5) سورة الجاثية : ١٣ .

(6) سورة الحج : آية ٧٨ .

وقال ﷺ : " بعثت بالحنيفية السهلة السمحة " [١] وقال: "لا ضـــرر ولاضرار "[٢]

وسادسها: أنه وصف نفسه بكونه رؤوفا رحيمـــا، وقـــال: " ورحمتـــي وسعت كل شئ " فلو شرع مالا يكون للعبد فيه مصلحة، لم يكـن ذلك رأفة ورحمة .

ثم عقب على الوجوه الستة بقوله : لا فهذه الوجوه الستة دالة على أنه تعالى ما شرع الأحكام إلا لمصلحة العباد " [٣]

ثم واصل الرازى بعد ذلك دفاعه عن التعليل ، وفند كل مـــايمكن الاعتراض به فى المسألة وانتهى إلى القول:" انعقد الإجمـــاع علـــى أن الشرائع مصالح إما وجوبا كما هو قول المعتزلة أو تفضـــلا كمـــا هـــو قولنا"[٤].

هذا هو موقف الرازى من التعليل بالمصلحة ، موقف مؤيد بقـــوة ووضوح ، فهل يعقل أن ينسب إليه بعد ذلك أنه منكر للتعليل ويصنـــف مع الظاهرية .

وأما ما نقل عنه من أنه أنكر التعليل بالمصلحة والمفسدة، أو قـــال بذلك كما صرح فى المعالم [٥]– فلعله قال ذلك لعدم انضباطها، لا بكـــون

---

[١] الحديث أخرجه البخارى فى الأدب المفرد ، كما أخرجه الخطيب فى تاريخه عن جابر رضى الله عنه انظـــر : الفتـــح الكبير فى ضم الزيادة إلى الجامع الصغير جـــ٢ ص ٧ .

[٢] سبق تخريجه .

[٣] انظر : المحصول للرازى جـــ٢ ق ص ٢٣٧ ومابعدها .

[٤] انظر : المرجع السابق جـــ٢ ق ، ص ٢٩١ .

[٥] انظر : نهاية السول جـــ٣ ص ٥٨ .

أحكام الله غير معللة فى حقيقتها بجلب المصالح ودرء المفاسد، فكلامه المتقدم قاطع فى أنه يعتبر المصلحة أو المفسدة هى العلة الحقيقية الأصلية للحكم.

ومما يؤكد أن هذا هو مذهب الرازى، ما أورده ابن القيم- رحمه الله- وهو بصدد الرد على منكرى التعليل والقياس بعد أن عرض أدلتهم " وقد اختلفت أجوبة الأصوليين... بحسب أفهامهم ومعرفتهم بأسرار الشريعة ، فأجاب ابن الخطيب [1]- يقصد الإمام الرازى- بأن قال: غالب أحكام الشريعة معللة برعاية المصالح المعلومة والخصم إنما بين خلاف ذلك فى صورة قليلة جدا ، وورود الصورة النادرة على خلاف الغالب لايقدح فى حصول الظن ، كما أن الغيم الرطب إذا لم يمطر نادرا لا يقدح فى نزول المطر منه " [2].

وأخيرا وبعد العرض السابق لمسألة التعليل، أستطيع أن أقرر باطمئنان، أنه ليس هناك حكم شرعى إلا ويجوز التساؤل عن حكمته، كما يجوز البحث عنه- بعد ذلك- بكل ماهيأه الله لنا من وسائل البحث والعلم ، فإذا وصلنا إلى شئ مما تشهد له الأدلة المعتبرة قلنا به، وإن لم نصل، سلمنا بحكمة الله أيا كانت، والبحث مستمر، والعلم لاحد له، وقد أمرنا الله بالتدبر والتعقل، وأمرنا بالنظروالتفكر، سواء فى دينه وشريعته، أو فى خلقه وملكوته، فقد قال سبحانه: " أفلا يتدبرون القرآن " [3] مثلما

---

[1] هو الإمام الرازى وهو معروف بهذا الاسم نسبة إلى أبية الذى كان خطيب مدينة الرى الفارسية . انظر الفتح المبين جـ٢ ص ٤٨ والأعلام جـ٧ ص ٢٠٣ .

[2] انظر : إعلام الموقعين جـ٢ ص ٧٥ .

[3] سورة النساء : آية ٨٢ .

قال: "أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت وإلى السماء كيف رفعت وإلى الجبال كيف نصبت وإلى الأرض كيف سطحت" [1].

فلابد من التساؤل والبحث ما أمكن عن المصالح الدينية والدنيوية التى تنطوى عليها الأحكام الشرعية ، لنفهمها ونطبقها فى ضوء مصالحها ومقاصدها ولنهتدى بمعرفة تلك المصالح والمقاصد فيما لم ينص عليه. يقول العلامة ابن عاشور: " وجملة القول: أن لنا اليقين بأن أحكام الشريعة كلها مشتملة على مقاصد، وهى حكم ومصالح ومنافع. ولذلك كان الواجب على علمائنا تعرف علل التشريع ومقاصده ظاهرها وخفيها " [2].

وكما أن من لا يؤمن بقوانين الكون واطرادها واستقرارها وكمالها ودقتها، لايمكن أن يتقدم فى أى علم من العلوم المادية، فكذلك من لايؤمن بحكمة التشريع الشاملة، وبقوانينه المطردة، وبقواعده المضبوطة، لايمكن أن يتقدم فى علوم الشريعة أبدا [3].

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

---

[1] سورة الغاشية : من ١٧ – ٢٠ .

[2] مقاصد الشريعة الاسلامية ص ٤٨.

[3] نظرية المقاصد ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

فهرس الموضوعات

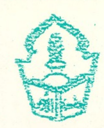
فهرس الموضوعات



مطبعة إيجيبت كوبى سنتر - ش المحافظة - أسيوط
ت: ٣١٨٤٦١

العدد الثانى عشر - الجزء الأول

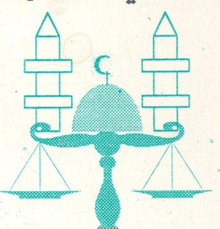
١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



العـــدد

الحـادى عشر

"الجزء الأول"

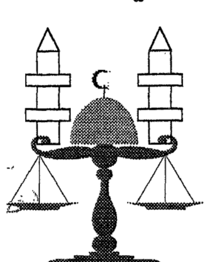




جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمـــة



العـــدد

الحـــادي عشر

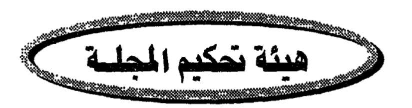
"الجزء الأول"



١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م


بسم الله الرحمن الرحيم
قال تعالى:
إنما يخشى الله من عباده العلماء
وقال رسول - ﷺ - :
"من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين"
متفق عليه


أسرة التحرير


هيئة تحكيم المجلـة



إفتتاحيـــة العـــدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد النبى المصطفى الكريم، وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين الذين ورثوا وورثوا، وأدوا الأمانة فكانوا خير خلف لخير سلف، فرضى الله عنهم أجمعين ونفعنا بعلومهم آمين.

أما بعد .....

فيسعدنى أن أقدم لك أيها القارئ الكريم العدد الحادى عشر من مجلة كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – بأسيوط، وهو يحمل بين دفتيه بحوثا علمية قيمة؛ أعدها نخبة جادة مجدة من أعضاء هيئة التدريس فى الكلية وكليتى الشريعة والقانون بالقاهرة وطنطا.

وحرصا من الكلية على سلامة هذه البحوث وإخراجها مهذبة فى ثوب يليق بأصحابها وبالكلية التى ينتمون إليها فقد تم عرضها على لجان تحكيم شكلت من أكبر علماء مصر وافضلهم فى

تخصصاتهم بحيث لاينشر بحث فى هذه المجلة إلا بعد فحصه وإجازته من فاحصين متخصصين من اللجنة العلمية، ومراجعته وإجازته من هيئة تحرير المجلة.

وإنى أشكر الله تعالى على عونه وتوفيقه وفضله وإحسانه راجيا منه جلت قدرته وتعالت عظمته ان يجعل ما حواه هذا العدد مفيدا لكل قارئ نافعاً لكل باحث فتقر به عيون كل من شارك فى إعداده مادياً ومعنوياً، وتسر به أرواحهم يوم لاينفع مال ولابنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

كما أشكر كل من ساهم في إخراج هذا العدد سواء أكان باحثا أم منفذاً أم مساعداً لإنجاز هذا العمل المتواضع، راجياً المولى عز وجل، أن يكون العدد القادم زاخراً ببحوث أكثر وموضعات أهم فى مختلف التخصصات الشرعية والقانونية.

وإنى أهيب بالقارئ الكريم أن لايحرم هيئة تحرير المجلة من توجيهاته السديدة وآرائه الرشيدة وملحوظاته القيمة من أجل الوصول إلى الأفضل والأحسن.

والله أسأل أن يعيننا على خدمة العلم وأهله، وأن يوفقنا إلى الصواب وأن يجنبنا الزلل، إنه لا رب غيره ولا مرجو سواه إنه نعم المولى ونعم النصير.

رئيس التحرير

محتويات الجزء الأول



كلية الشريعة والقانون بأسيوط

الحيوان بين الحل والحرمه
دراسة فقهية مقارنه

دراسة وتطبيق



١٤١٩هـ - ١٩٩٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله بارى البريات، وغافر الخطيئات، وعالم الخفيات المطلع على الضمائر والنيات، أحاط بكل شئ علماً ووسع كل شئ رحمة وحلماً، كل شئ عنده بمقدار، أتقن ما صنع وأحكمه، وأحصى كل شئ وعلمه وخلق الإنسان وعلمه، ورفع قدر العلم وعظمه، وخص به من خلقه من كرمه، حض عباده المؤمنين على التفقه فى الدين فقال وهو أصدق القائلين ﴿ **فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفةٌ ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون** ﴾ (١).

ندبهم إلى إنذار بريته كما ندب إلى ذلك أهل رسالته ومنحهم ميراث أهل نبوته، ورضيهم للقيام بحجته.

والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء وسيد الأصفياء وإمام العلماء محمد نبى الرحمة الداعى إلى سبيل ربه بالحكمة، خير نبى بعثه إلىخير أمة، أرسله الله بشيراً ونذيراً وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً- صلى الله عليه وعلى آله وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد ......

فإن المسلم مطالب بأن يتحرى الحلال فى كل ما يعرض له من شئون الحياة من مطعم ومشرب وملبس، كما أنه مطالب

---

(١) الآية: ١٢٢ من سورة التوبة .

بأن يتجنب الحرام فى كل شئونه أيضاً حتى يسلم فى دنياه وأخراه، قال رسول الله ﷺ " إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً وإن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين فقال : ﴿ **يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحاً** ﴾ (١).

وقال :﴿ **يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم** ﴾ (٢). ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه إلى السماء ومطعمه حرام وملبسه حرام وغذى بالحرام فأنى يستجاب لذلك"(٣). والطيب من الطعام هو ما كان حلالاً، وليس كل أحد قادراً على التمييز بين ما هو طيب وما هو خبيث.فقد قال النبى ﷺ :" إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتق الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ألا وإن لكل ملك حمى ألا وإن حمى الله محارمه"(٤)، والمطعوم نوعان حيوان وغير حيوان.

ولما كان المطعوم من الحيوان مما يخفى على كثير من الناس حلاله وحرامه فضلاً عن المشتبه منه، ولما كان معرفة

---

(١) بعض آية : ٥٢ من سورة المؤمنون.

(٢) بعض آية ١٧٢ من سورة البقرة.

(٣) صحيح مسلم، سنن الترمذى ٤/٤٦٤، ٤٦٥، قال حسن غريب، الترغيب والترهيب ١/٢٦٣، ط وزارة الأوقاف.

(٤) صحيح البخارى ١/١٨ ، جامع العلوم والحكم لابن رجب تحقيق أحمد أبو النور، سنن الترمذى ٣/٣ وقال حسن غريب، الترغيب والترهيب ٣/١٥

هذه الأحكام عن طريق الرجوع الى أمهات الكتب فى المذاهب المختلفة من الأمور العسيرة والشاقة على الغالبية العظمى من الناس فقد استخرت الله سبحانه فى جمع مسائل الحيوان ما يحل منه وما يحرم فى هذا البحث المتواضع حتى تكون سهلة ميسورة لمن أراد معرفة هذه الأحكام حتى يتجنب الحرام الخبيث ويتحرى الحلال الطيب.

وقد حاولت جاهداً ان استقصى آراء الفقهاء فى هذه المسائل مع ذكر أدلتهم وأوجه الدلالة منها ثم أناقش ما يمكن مناقشه من هذه الإستدلالات ثم أرجح ما قوى دليله من الآراء مع الأخذ فى الإعتبار تغير الأعراف واختلاف الطباع فيما لم يرد فيه نص قاطع بالحل أو الحرمة وحتى يكون البحث موفياً للمطلوب تحدثت فى المبحث الأخير منه عن الضرورة وأثرها بينت فيه حد الضرورة والمقدار الذى تباح لأجله الضرورة إلى غير ذلك من الأحكام.

أما عن أقسام البحث:

فقد قسمته إلى عدة مباحث راعيت فى كل مبحث أن يكون جامعاً لعدد من الحيوانات تجمعهم صفات مشتركة أو خصائص متشابهة بقدر الإمكان، فإن شذ عن ذلك بعض المباحث فالعذر فى هذا راجع إلى أن الحيوان أنواع كثيرة- قد تختلف صفات النوع الواحد منها اختلافاً كبيراً لذا ألحقت بعض

الحيوانات فى بعض المباحث بأنواع قد تكون مختلفة عنها من أجل الاختصار وعدم التطويل فى تقسيمات البحث.

وقد جاءت هذه المباحث على النحو التالى :

١- تمهيد فى تعريف الحيوان- وبيان الأصل فى الأشياء.

٢- المبحث الأول : فى حيوان الماء.

٣- المبحث الثانى : فى الخيل والبغال والحمير.

٤- المبحث الثالث : بهيمة الأنعام وما يلحق بها.

٥- المبحث الرابع : فى ذى الناب من السباع.

٦- المبحث الخامس : فى الطير.

٧- المبحث السادس : فى الحشرات وهوام الأرض.

٨- المبحث السابع : فى الذكاة .

٩- المبحث الثامن : فى الميتة والدم والخنزير.

١٠- المبحث التاسع : الضرورة وأثرها فى حل الحرام.

١١- الخاتمة .

وتتضمن أهم نتائج البحث.

وأخيرا فهذا جهد المقل فإن كنت قد وفقت فذلك الفضل من الله وإن كنت قد قصرت فحسبى أننى اجتهدت (ومن اجتهد فأخطأ فله أجر ومن اجتهد فأصاب فله أجران).

والله أسأل أن يجعل هذا العمل فى ميزان حسناتنا وأن ينفع به كل مسلم يتحرى الحلال الطيب فى مطعمه ويجتنب الحرام الخبيث وهو حسبى ونعم الوكيل.

د./ أحمد عبد الحى

تمهيد

التعريف بالحيوان وبيان أن الأصل فى الأشياء هو الإباحة

أولاً: التعريف بالحيوان :

الحيوان جنس الحى وهو كل ذى روح، ناطقاً كان أو غير ناطق وهومأخوذ من الحياة يستوى فيه الواحد والجمع لأنه مصدر، وضده الموتان كأن الألف والنون زيدا للمبالغة كما فى النزوان والغليان(١).

قال أبو عبيدة : الحيوان والحى بكسر الحاء والحياة واحد واستشهد بقول الشاعر:

وقد ترى إذ الحياة حيى

وقال غيره إن الحى جمع على فعول مثل عصى وهو يقع على كل شئ حى(٢).

وقياس الحيوان حييان فقلبت الياء الثانية واواً لاجتماع المثلين كما قالوا حيوة فى اسم رجل وبه سمى ما فيه حياة حيواناً.

---

(١) المصباح المنير ٢٢٠/١، القاموس المحيط ٣١٥/٤، ٣١٦، النظم المستعذب شرح غيرب المهذب ٢٤٦/١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٥٢٥٢/٧ وما يليها ، حياة الحيوان للدميرى ٤٩٤/٣.

وفى بناء الحيوان زيادة معنى ليس فى بناء الحياة وهو ما فى بناء فعلان من الحركات ومعنى الاضطراب والحياة حركة كما أن الموت سكون فمجيئه على ذلك مبالغة فى معنى الحياة[١].

وقد ورد لفظ الحيوان فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿ **وإن الدار الآخرة لهى الحيوان** ﴾[٢].

قيل المراد إنه ليس فيها إلا حياة دائمة مستمرة خالدة لا موت فيها فكأنها فى ذاتها حياة فيكون التعبير هنا بالحيوان مبالغة فى الحياة .

وقيل المراد الحياة التى لا يعقبها الموت[٣].

أقسام الحيوان :

يقول الجاحظ[٤] الحيوان على أربعة أقسام شئ يمشى وشئ يطير، وشئ يقوم، وشئ ينساخ فى الأرض. إلا أن كل شئ يطير يمشى وليس كل شئ يمشى يطير.

فأما النوع الذى يمشى فهو على ثلاثة أقسام ناس[٥]، وبهائم وسباع.

---

(١) المصدرين السابقين ، التفسير الكبير للرازى ٤٣٠/١٢.

(٢) بعض الآية : ٦٤ من سورة العنكبوت.

(٣) المصباح المنير ٢٢٠/١، حياة الحيوان للدميرى ٤٩٤/٣.

(٤) حياة الحيوان ٤٩٤/٣، الحيوان للجاحظ.

(٥) أدخل الجاحظ الإنسان فىتقسيمات الحيوان لأنه كما يقولون حيوان ناطق - لكنه غير داخل معنا. فى هذا البحث لأنه ليس محلا لأن يكون طعاما لأحد حيا وميتا ولأن الله يقول :﴿ ولقد كرمنا بنى آدم﴾ ومن تكريمه كونه معصوما.

والطير كله سبع وبهيمة وهمج، والخشاش ما لطف جرمه وصغر جسمه .

والهمج ليس من الطيور ولكنه يطير وهو فيما يطير كالحشرات فيما يمشى.

والسبع من الطير ما أكل اللحم خالصاً – والبهيمة ما أكل الحب خالصا.

والمشترك كالعصفور فإنه ليس بذى مخلب ولا منسر وهو يلتقط الحب، ومع ذلك يصيد النمل والجراد ويأكل اللحم ولا يزق فراخه فهو مشترك الطبيعة.

وليس كل ما طار بجناحه من الطير فقد يطير الجعلان والذباب والزنابير والجراد والنحل والفراش والنمل وغير ذلك ولا تسمى طيوراً.

ثم أن من هذه الحيوانات ما هو أهلى وهو ما ألف البيوت والناس يقال أهل المكان أهولاً عمر بأهله ومنه أهلت بالشئ أنست به.

ومنها ما هو وحشى وهو مالم يألف الناس والمنازل وعاش حراً طليقاً.

كما أن من الحيوان ما هو برى وهو ما كان أصل معاشه البر – خارج الماء –.

ومنه ما هو بحرى أى أصل معاشه الماء بحيث إذا خرج من الماء لم تستمر حياته(١).

من هذه التقسيمات للحيوان يتضح لنا أن أنواع

---

(١) راجع المعجم الوسيط ٣٢/١، المصباح المنير ٣٩/١، مختار الصحاح صـ ٣١.

الحيوان كثيرة فمنه البرى والبحرى ومن البرى الإنسى والوحشى والسبع والبهيمة .

ثانياً: الأصل فى الأشياء:

اختلف العلماء فى حكم الأشياء التى لم يرد فيها نص من الشارع بالتحليل أو التحريم هل يكون الأصل فيها هو الحل أو يكون الأصل فيها هو الحرمة؟

تعددت آراء العلماء فى هذا وتباينت تبايناً كبيراً حتى نسب إلى المذهب الواحد القول بالحل والحرمة والتوقف. وفى هذه السطور نورد خلاف العلماء وأدلتهم باختصار غير مخل فنقول والله المستعان.

عند تتبع الآراء فى هذا المسألة نجد أن للعلماء فيها أربعة أقوال:

القول الأول : ونسبه السيوطى فى الأشباه إلى الشافعية(١) والزيدية(٢).

إن الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم ، كما نسبه صاحب رد المحتار إلى جمهور الحنفية(٣) وهو قول ابن تيمية من الحنابلة(٤).

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى ٦٠.

(٢) البحر الزخار ١٩٧/١، جـ ٥ صـ ٣٢٨.

(٣) ذكر ابن عابدين فى حاشية رد المحتار ٧١/١، أقول وصرح فى التحرير بأن لمختار أن الأصل الإباحة عند الجمهور من الحنفية والشافعية إلى أن قال: وفى شرح التحرير وهو قول معتزلة البصرة وكثير من الشافعية وأكثر الحنفية لا سيما لعراقيين.

(٤) قال ابن تيمية فى مجموع الفتاوى جـ ٢١ صـ ٥٣٥٨، الأصل فى جميع الأعيان موجودة أن تكون حلالاً مطلقا للآدميين.

الأدلة : وقد استدل القائلون بالإباحة بعدة أدلة نذكر منها:

أولاً: أدلتهم من القرآن :

استدلوا من القرآن بما يلى :

١- قوله تعالى :﴿ **خلق لكم ما فى الأرض جميعاً**﴾[١].

فقد وردت الآية فى معرض الإمتنان والله لا يمتن بما هو محرم فكانت الآية دالة على أن كل شئ من المخلوقات حلال ما لم يقم الدليل على الحظر.

وبيان ذلك:

أن الله عز وجل أخبر أنه خلق ما فى الأرض للناس وقد أضافه إليهم باللام وهى تقتضى الاختصاص بجهة الانتفاع أما دليل كونها تفيد الانتفاع فقوله تعالى: ﴿ **لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت**﴾[٢].

وقولهم المال لزيد. إذا ثبت هذا كانت الآية دالة على أن الانتفاع بجميع الأشياء التى لم يقم دليل على المنع منها بخصوصها مأذون فيه ومباح[٣].

٢- قوله تعالى :﴿ **وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً منه**﴾ [٤].

---

(١) بعض الآية: ٢٩ من سورة البقرة .

(٢) بعض الآية : ٢٨٦ من سورة البقرة .

(٣) المحصول فى علم الأصول للإمام الرازى ٢/٥٤١، ٥٤٢، شرح الأسنوى على المنهاج ٣/١٨٢، القرطبى ١/٢٩٥

(٤) بعض الآية: ١٣ من سورة الجاثية .

فتسخير ما فى السموات وما فى الأرض للناس لا يكون محققاً للفائدة إلا إذا كان ما فى السموات وما فى الأرض وما يخرج منها مباحاً؛ لأنه لو كان محظوراً لما صح الامتنان بخلقه أو بتسخيره.

٣- قوله تعالى :**﴿ قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده﴾**[١]

أنكر الله على من حرم زينة الله فوجب ألا تثبت حرمت الزينة وإذا لم تثبت حرمة زينة الله امتنع ثبوت الحرمة فى كل فرد من أفراد زينة الله لأن المطلق جزء من المقيد فلو ثبتت الحرمة في فرد من أفراد زينة الله لثبتت الحرمة فى زينة الله وذلك خلاف الأصل. وإذا لم تثبت الحرمة بالكلية ثبتت الإباحة وهو المدعى[٢].

٤-قوله تعالى :**﴿ وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾**[٣].

ويستدل بالآية من وجهين :

<u>الأول</u>: أن الله قد عاب عليهم ترك الأكل مما ذكر اسم الله عليه ولو لم تكن الأشياء مباحة على الإطلاق ما عاب عليهم ترك الأكل ولا ذمهم عليه فدل هذا الذم والتوبيخ على أن الأصل هو الإباحة؛ لأنه لو كان الأصل هو التحريم لكانوا مصيبين فى تركهم للأكل فلا يلحقهم لوم.

---

(١) بعض الآية : ٣٢ من سورة الأعراف .

(٢) المحصول فى علم أصول الفقه للرازى ٢/٥٤٤.

(٣) بعض الآية: ١٩٩ من سورة الأنعام .

الثانى : أن الله قد بين أنه فصل لنا ما حرم علينا بمعنى بين لنا المحرمات. دل ذلك على أن ما بين تحريمه حرام وما لم يبين تحريمه ليس بحرام بل هو حلال لأنه ليس إلا حرام أو حلال[1].

ثانياً: من السنة :

استدل القائلون بأن الأصل الإباحة من السنة بما يلى:

أ- روى عن سعد بن أبى وقاص قال : قال رسول الله ﷺ " إن أعظم المسلمين فى المسلمين جرماً من سأل عن شئ لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسألته"[2].

فقد دل الحديث على أن الأشياء لا تحرم إلا بتحريم خاص كما دل على أن التحريم قد يكون لأجل المسألة وبدون ذلك ليست محرمة فدل على أن ما لم ينص على تحريمه فهو مباح[3].

ب- روى عن سلمان الفارسى قال سئل رسول الله ﷺ عن السمن والجبن والفراء، فقال الحلال ما أحل الله فى كتابه والحرام ما حرم الله فى كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا لكم[4].

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٣٦/٢١.

(٢) منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٠٦/٨.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٣٧/٢١.

(٤) منتقى الأخبار ١٠٦/٨، الأشباه والنظائر للسيوطى ٦٠، ابن ماجة ١١٧/٢ ط دار الحديث قال ابو عيسى حديث غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه سنن

فقد دل الحديث على أن التحليل والتحريم فيما ورد فيه نص لا يكون إلا بدليل خاص، وإن ما لم يرد فيه نص فهو مما عفى الله عنه فكان الأصل فى المسكوت عنه هو الإباحة.

ثالثاً : من المعقول :

استدل القائلون بأن الأصل فى الأشياء الإباحة من المعقول بما يلى :

أ- أن الانتفاع بما لم يرد فيه نص انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك قطعاً لأن المالك لهذا الأشياء هو الله ﷻ والضرر عليه محال. كما لا ضرر فى الانتفاع بها على المنتفع ظاهراً فوجب أن لا يمتنع كالاستفادة بضوء سراج الغير والاستظلال بظل جداره[1].

ب- إن هذه الأشياء إما أن يكون لها حكم أو لايكون والأول صواب والثانى باطل، وإن كان لها حكم فإما أن يكون الوجوب والاستحباب أو الكراهة أو الحرمة وذلك باطل لعدم الدليل فلم يبق إلا الإباحة وهو المدعى[2].

الترمذى ٢٨٠/٣، ٢٨١، المستدرك للحاكم والتلخيص للذهبى مع المستدرك ١١٥/٤، وقال ضعيف .

(١) المحصول للرازى ٥٤٥/٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٤٠/٢١.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٤٠/٢١، ٥٤١.

القول الثانى :

ويذهب أصحابه إلى أن الأصل فى المنافع الإباحة وفى المضار التحريم[١].

وهذا الرأى قريب من الأول ويستدل له بنفس الأدلة السابقة .

كما يستدل له بقوله تعالى :﴿ **قل أحل لكم الطيبات**﴾[٢].

فالمراد بالطيبات الأشياء المستطابة بحسب الطبع، وليس المراد بها الحلال وإلا لزم التكرار، إذا ثبت هذا كانت الآية دالة على أن الأصل فى كل ما تستطيبه النفس أو يستلزه الطبع الحل إلا لدليل منفصل[٣].

كما يستدل له من المعقول بما يلى :

إن الله تعالى خلق الأعيان إما لحكمة أو لا لحكمة والثانى باطل لقوله تعالى :﴿ **وما خلقنا السماوات والأرض وما بينهما لاعبين** ﴾ [٤] إذ ثبت هذا لم يبق إلا أن تكون مخلوقة لحكمة، هذه الحكمة إما أن تكون هى عود النفع إلينا، أو إليه والثانى

---

(١) ذهب إلى ذلك الإمام الرازى فى كتابه المحصول فى أصول الفقه ٥٤١/٢، وما بعدها. كما ذهب إليه البيضاوى وابن السبكى وغيرهم، راجع شرح الإسنوى على المنهاج ١٢٦/٣، حاشية البنانى على شرح المحلى على جمع الجوامع ٣٥٣/٢.

(٢) بعض الآية : ٤ من سورة المائدة .

(٣) التفسير الكبير للفخر الرازى ٣٠٨/٧، المحصول للرازى ٥٤٥/٢.

(٤) الآية : ٣٨ من سورة الدخان

محال على الله فتعين أنه خلقها لينتفع بها المحتاجون وهذا يقتضى أن يكون المقصود من الخلق نفع المحتاج.

فإذا ورد النهى عن بعض الانتفاعات علمنا أنه تعالى إنما منعنا منها لعلمه باستلزامها للمضار إما فى الحال أو فى المآل ولكن ذلك علىخلاف الأصل فثبت بذلك أن الأصل فى المنافع الإباحة[1].

كما استدل أصحاب هذا القول على أن الأصل فى المضار التحريم بما روى عن النبى ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)[2] وليس المراد نفى الضرر لأن الضرر واقع لا محالة وإنما المراد النهى عن كل ما فيه ضرر بالنفس أو إضرار بالغير- فيكون فعل كل ما فيه ضرر أو إضرار محرماً وهو المدعى[3].

القول الثالث :

إن الأصل فى ما لم يرد فيه نص هو الحظر- التحريم . حتى يدل الدليل على الإباحة . نسب السيوطى هذا القول لأبى حنيفة[4] كما نسبه الشوكانى إلى الجمهور[5].

(١) المحصول ٥٤٦/٢

(٢) الموطأ للإمام مالك تحت رقم ١٥٠٠ ، سبل السلام ٨٤/٣.

(٣) المحصول للرازى ٥٤٧/٢، وما بعدها ، منهاج الوصول ١٢٦/٣.

(٤) الإشباه والنظائر لسيوطى ٦٠.

(٥) قال وذهب الجمهور إلى أنه لا يعلم حكم الشئ إلا بدليل يخصه أويخص نوعه فإذا لم يوجد دليل لذلك فالأصل المنع. ارشاد الفحول ٢٨٤.

لكن فى نسبته إلى أبى حنيفة نظر حيث سبق ان ذكرنا عن ابن عابدين أن المختار أن الأصل الإباحة عند الجمهور من الحنفية والشافعية - والأصح أنه ينسب إلى بعض الحنفية كما ذكره ابن نجيم[1].

الأدلــة :

استدل من ذهب إلى هذا القول بأدلة من السنة والمعقول:

أولاً أدلتهم من السنة :

استدلوا من السنة بقوله ﷺ " دع ما يريبك إلى مالا يريبك"[2].

فقد دل الحديث على أن ما لم يرد فيه دليل بالحل يكون التصرف فيه موجبا للشبهة والريبة والنبى ﷺ نهى عن الريبة فكان فعل هذه الأشياء التى لم يرد فيها نص منهياً عنه والنهى يقتضى التحريم. فكانت هذه الأشياء محرمة وهو المدعى.

ثانياً : استدلوا من المعقول بما يلى :

أن الأشياء مملوكة لله تعالى والتصرف فى ملك الغير لا يجوز إلا بإذنه[3]. وبيان ذلك:

---

(١) الأشباه والنظائر صـ ٦٦.

(٢) مشكاة المصابيح للتبريزى بتحقيق الألبانى تحت رقم ٢٧٦٢٥، الترغيب والترهيب ١٧/٣، المستدرك ٩٩/٤، وقال الذهبى فى التلخيص اسناده قوى.

(٣) شرح المنار لابن ملك ٦٨٠/٢.

أن الحكم على ما لم يرد نص من الشارع على حكمه يعد حكما على شئ لم يحكم الله عليه فهو يشبه تصرف الإنسان فى ملك غيره وهو ممنوع.

القول الرابع :

أن الأصل فيما لم يرد فيه نص هو التوقف حتى يدل الدليل على الحل أو الحرمة وهومنسوب إلى بعض الحنفية[1] وممن ورد عنه هذا القول من الحنفية الحصكفى فى الدر المختار[2] كما نسب إلى بعض الشافعية[3].

ومعنى التوقف أنه لا حكم للأشياء قبل الشرع حيث لم يثبت عن الشارع ما يدل على الحل أو الحرمة ولا مجال للعقل فى التشريعات فكان الأسلم هو التوقف.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء وما يمكن أن يكون دليلاً لكل رأى فإنى أرى أن الرأيين الأول والثانى يمكن أن يكونا قولاً واحداً – ويكون المراد بالأشياء – فى القول الأول – هو الأشياء النافعة والأشياء الضارة .

---

(١) الأشباه لابن نجيم ٦٦.

(٢) الدر المختار مع حاشية/ د المحتار ١/٧١.

(٣) إرشاد الفحول صـ ٢٨٥.

إذ لا يمكن القول بأن جملة الأشياء التى لم يرد فيها نص تكون مباحة الأصل حتى وإن كانت ضارة لأن ما يثبت ضرره يكون منهيا عنه بحديث لا ضرر ولا ضرار وبقوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ وإذا ثبت أن الأصل فى الأشياء النافعة هو الإباحة والضارة هو التحريم فإننى أميل إلى ترجيح هذا القول على القولين الآخرين لقوة أدلته وضعف ما تمسك به القائلون بأن الأصل هو الحظر.

حيث إن حديث دع ما يريبك إلى مالا يريبك لا يفيد مدعاهم لأنه لا ريبة أصلاً بعد قيام الدليل على إباحة ما لا ضرر فيه.

وأما قولهم إن الأشياء مملوكة لله والتصرف فى ملك الغير لا يجوز إلا بإذنه فهو مردود بأن التصرف في ملك الغير إنما يمتنع فى حق من يتضرر بالتصرف فى ملكه أما مالا ضرر فيه فلا يمتنع التصرف فيه كالاستظلال بظل الجدار، والله ﷻ لا يلحقه ضرر من انتفاع المخلوقين بهذه الأشياء فلم يمتنع التصرف.

وأما القول بالتوقف فهو مردود بأن الأدلة الصريحة قد قامت على أن الأصل فى الأشياء التى لم يرد فيها نص هو الحل فلم يبقى مجال للقول بالتوقف .

... والله تعالى أعلم،،،

المبحث الأول

حيوان الماء

الماء عالم واسع ملئ بالحياة ، فيه أعداد كثيرة من الحيوان لا يعلمها ولا يحصى عددها إلا الله ﷻ ، ويتميز كل حيوان فيه باسم وشكل مختلف عن غيره من حيوانات الماء والذى يعنينا هنا ليس حصر الأعداد ولا معرفة الأسماء، وإنما يعنينا حكم هذه الحيوانات من حيث حل أو حرمة أكلها.

وبالبحث فى حكم هذه الحيوانات وجدنا أن منها ما هو متفق على حله ومنها ما هو مختلف فيه، وبيان مواضع الاتفاق والاختلاف على النحو التالى :-

أ- ما اتفق على حله :

اتفق العلماء[(١)] على حل أكل السمك[(٢)] بجميع أنواعه، أخذ من البحر (الماء المالح) أو أخذ من النهر- الماء العذب- ولا حاجة إلى ذبحه لأن أخذه ذكاته[(٣)] ولو ذبح ما كان به بأساً.

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/١٥١، المبسوط للسرخسى ١١/٢٣٠ المنتقى للباجى ٣/١٢٨، المجموع للنووى ٩/٣٠، ٣١، المغنى ٨/٥٧٢، المحلى ٧/٣٩٣، فتح البارى ٩/٥٣٤، السيل الجرار للشوكانى ٤/٥٥، البحر الزخار ٥/٣٠٢.

(٢) السمك من خلق الماء مفردها سمكة وجمعها أسماك وسموك وهى أنواع كثيرة ولكل نوع اسم خاص ومن أنواعه مالايدرك الطرف أولها وآخرها لكبرها، ومالا يدركها الطرف لصغرها والكل يأوى الماء ويستنشقه وهو شره كثير الأكل، وصغاره تحترس من كباره لأنه يأكل بعضه بعضا، يراجع حياة الحيوان للدميرى جـ ٤ صـ ٧٠٠، ٧٠١، المعجم الوسيط ١/٤٦٧.

(٣) هذا إذا أخذ حيا - أما الطافى - ما أخذ ميتاً فسيأتى الحديث عنه .

ودليل حله من الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب :

فقوله تعالى ﴿ **أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة**﴾[1] وقوله تعالى :﴿ **وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحماً طرياً**﴾[2] .

أما السنة :

فما روى عن النبى ﷺ أنه سئل عن البحر فقال :" هو الطهور ماؤه الحل ميتته "[3].

فقد دل الحديث على حل حيوان البحر حتى وإن أخذ ميتاً.

وبما روى عن ابن عمر يرفعه إلى النبى ﷺ " أحل لنا ميتتان ودمان ، أما الميتتان فهما السمك والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال"[4].

فهذا الحديث يدل على حل السمك وإن أخذ ميتاً.

---

(١) بعض آية ٩٦ – المائدة .

(٢) بعض الآية ١٢ من سورة فاطر.

(٣) قال الترمذى ١/١٣٠ حسن صحيح وقال ابن ماجه ١/١٣٦ رجال اسناده ثقات، سبل السلام ١/١٤، ١٥ ، الحاكم ١/١٤٠، ابن حبان رقم ١٢٤٣.

(٤) فى اسناده عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف ، ابن ماجه ٢/١١٠٢، سبل السلام ١/٢٥، نصب الراية ٤/٢٠١، ٢٠٢.

وبما روى عن جابر أن أبا عبيدة وأصحابه وجدوا بساحل البحر دابة يقال لها العنبر ميتة فأكلوا منها شهراً حتى سمنوا[١]... ألخ الحديث - فهذا يدل على أن الصحابة أكلوا من هذه الدابة الميتة وأقرهم النبي ﷺ على ذلك فكان حيوان البحر مباحاً أكله وإن أخذ ميتاً لأنه لا يشترط له الذكاة .

أما الإجماع :

فقد أجمعت الأمة على حل أكل السمك على اختلاف أنواعه وتمايز أشكاله وهذا قدر متفق عليه بينهم[٢].

ب - ما اختلف في حله : (الطافى من السمك)

إذا مات السمك فى الماء فطفا[٣] فهل يحل أكله لمن أخذه على هذه الحالة أم لا؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : وذهب إليه الحنفية[٤] والزيدية[٥] وهو قول ابن عباس وجابر بن عبد الله وجابر بن زيد وطاووس وابن سيرين

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٥٣٠/٩ نصب الراية ٢٠٤/٤.

(٢) تراجع المصادر السابقة نفس الصفحات .

(٣) الطافى اسم فاعل من طفا الشئ فوق الماء إذا علا، والمراد بالسمك الطافى هو الذى يموت فى الماء حتف أنفه من غير سبب حادث منه سواء علا على وجه الماء أم لا. يراجع شرح العناية على الهدية ٥٠٢/٩.

(٤) البدائع ٣٦/٥، المبسوط ٢٤٨/١١، ٢٤٩،الهداية وتكملة فتح القدير ٥٠٣/٩، أحكام القرآن للجصاص ١٥٢/١.

وسعيد بن المسيب والحسن وإبراهيم[1]. أنه لا يؤكل من السمك الطافى إلا ما كان موته بسبب كانحسار الماء عنه أو يلقيه الماء إلى البر فيموت أو يموت بسبب ضيق المكان أو يموت فى الشبكة أو من قتل حيوان آخر له، كل ذلك حلال ، أما ما مات بغير سبب فلا يؤكل، وقد استدل أصحاب هذا القول لمذهبهم من القرآن والسنة :

أولاً: أدلتهم من القرآن :

استدلوا بقوله تعالى ﴿ **حرمت عليكم الميتة** ﴾.

فقد دلت هذه الآية على تحريم جميع الميتات، واتفق المسلمون على تخصيص غير الطافى من الجملة فخصصناه، واختلفوا فى الطافى فوجب استعمال حكم العموم فيه[2].

ثانياً : من السنة :

أ- روى عن جابر ﷺ أن النبى ﷺ قال:" ما انحسر عنه الماء فكل وما طفا فلا تأكل - وفى رواية ما ألقاه البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فطفا فلا تأكلوه"[3].

---

(٥) السيل الجرار ٤/٥٥، ٥٦ ، البحر الزخار ٣٠٤.

(١) المجموع ٩/٣٣، المغنى ٨/٥٧٢، أحكام القرآن للجصاص ١/١٥٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/١٥٢.

(٣) اتفق الحافظ على تضعيفه ابن ماجه ٢/١٠٨١، نصب الراية ٤/٢٠٣، سنن أبى داود رقم ٣٨١٥.

فقد دل الحديث على أن ما مات فى البحر من غير سبب حادث لا يؤكل لأن النهى يفيد التحريم. ولأنه فرق بين ما مات بسبب كانحسار الماء أو إلقاء البحر حيث أباح أكله دون الطافى.

ب- روى عن على أنه قال للسماكين لا تبيعوا الطافى فى أسواقنا .

جـ- روى عن ابن عباس أنه قال أكل الطافى حرام وروى عنه أيضاً أنه قال. ما حسره البحر فكله وما وجدته يطفوا فلا تأكله .

د- إن هذا الحيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات.

هـ- إن الموجب للحرمة من الآثار يترجح على الموجب للحل لقوله ﷺ : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك"(1).

القول الثانى :

وذهب الجمهور من العلماء المالكية(2) والشافعية(3) والحنابلة(4) والظاهرية(5). وهو مروى عن أبى بكر الصديق

---

(1) المبسوط ٢٤٨/١١، ٢٤٩، العناية على الهداية ٥٠٣/٩، والحديث فى الترغيب والترهيب للمنذرى ١٧/٣، من رواية الحسن بن على

(2) المنتقى ١٢٨/٣، الزرقانى على الموطأ ٨٨/٣، ٨٩.

(3) المجموع ٣٠/٩، ٣١، الأم ٢٢٩/٢، قليوبى ٢٥٧/٤.

(4) المغنى ٥٧٢/٨.

(5) المحلى ٣٩٣/٧.

وأبى أيوب الأنصارى وعطاء ومكحول والنخعى وأبى ثور[١].

أن السمك الطافى حلال باطلاق مات بسبب أو بغير سبب.

أدلتهم :

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بمايأتى :

أ- قوله تعالى : ﴿ **أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة** ﴾ وقول ابن عباس صيده ما صيد وطعامه ما قذف- وروى عن عمر أيضاً صيده ما صيد وطعامه ما رمى[٢].

ب- قوله ﷺ عندما سئل عن البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته[٣].

جـ- حديث عن عبد الله بن عمر يرفعه إلى النبى ﷺ - أحل لنا ميتتان ودمان[٤] أما الميتتان فالسمك والجراد.

فقد أحل ميتة السمك على أى وجه ماتت بسبب أو بغير سبب حيث لم يفصل بين ميته وميت . فكان الكل حلالا لمن أراد.

---

(١) قليوبى وعميرة ٢٥٧/٤، المغنى ٥٧٢/٨، فتح البارى ٥٢٩/٩، أحكام القرآن للجصاص ١٥٢/١.

(٢) فتح البارى ٥٣٠/٩.

(٣) سبق تخريجه صـ٢٣ .

(٤) سبق تخريجه صـ٢٣ .

د- روى عن جابر قال غزونا جيش الخبط وأميرنا أبو عبيدة فجعنا جوعاً شديداً فألقى البحر حوتاً ميتاً لم ير مثله يقال له العنبر فأكلنا منه نصف شهر... ألخ[1].

وفى رواية فلما رجعوا وأخبر النبى ﷺ قال:" أطعمونا إن كان معكم منه فآتاه بعضهم فأكله"[2].

فمن مجموع هذه الروايات يستفاد إباحة ميتة البحر سواء ماتت بنفسها أو ماتت بالاصطياد حيث لم يفرق الشارع بين طاف أو غيره .

هـ- روى عن ابن عباس أنه قال أشهد على أبى بكر أنه قال السمكة الطافية حلال وفى رواية أن أبا بكر أكل السمك الطافى على الماء[3].

و- روى عن أبى أيوب أنه أكل السمك الطافى[4].

ز- روى عن أبى هريرة وزيد بن ثابت أنهما كانا لا يريان بما لفظ البحر بأساً[5].

حـ- روى عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو مثله[6].

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) فتح البارى ٦٨٢/٧.
(٣) المصدر السابق ٥٣٠/٩، الزرقانى على الموطأ ٨٩/٣.
(٤) الأم ٢٢٩/٢.
(٥) الموطأ مع شرح الزرقانى ٣/ ٨٩.
(٦) الموطأ مع شرح الزرقانى ٨٨/٣، ٨٩.

فمن مجموع هذه الآراء يتبين لنا أن جمهور الصحابة على القول بحل ميتة البحر على أى وجه أخذت وبأى سبب ماتت من غير فرق بين ميتة وميتة وهذا هو المدعى.

ط- كما يستدل لحل الطافى من المعقول بأن هذا السمك لو مات فى البر لأكل فإذا مات فى البحر وجب أن يؤكل- أصله إذا مات بسبب[1].

المناقشة والترجيح :

بعد أن ذكرنا أدلة القولين بقى أن نناقش هذه الأدلة حتى يتبين لنا القول الراجح منهما – فنقول وبالله التوفيق.

مناقشة أدلة القول الثانى :

ناقش الحنفية ومن وافقهم أدلة الجمهور بما يلى :

أ- أما الآية ﴿ **أحل لكم صيد البحر** ﴾ فلا حجة لكم فيها لأن المراد من قوله وطعامه – ما قذفه البحر إلى الشط فمات كذا قال أهل التأويل – وذلك حلال عندنا لأنه ليس بطاف. إنما الطافى اسم لما مات فى الماء من غير آفة وسبب حادث. وهذا مات بسبب حادث وهو قذف البحر فلا يكون طافياً[2].

---

(١) المنتقى ١٢٨/٣، المغنى ٥٧٢/٨، فتح البارى ٥٣٤/٩.

(٢) البدائع ٣٦/٥، أحكام القرآن للجصاص ١٥٤/١.

ب- واما حديث الحل ميتته. فالمراد ما مات بسبب حادث فلا حجة فيه على حل الطافى .

جـ- وأما حديث أحل لنا ميتتان فلا حجة فيه أيضاً لأن المراد به غير الطافى[1].

د- وأما حديث – الدابة التى ألقاها البحر . فيناقش من وجهين:

الأول: أنه مما ألقاه البجر وهو حلال أكله، فلا حجة فيه على أكل الطافى .

الثانى : وإن سلم أنه ميتة فلا حجة فيه أيضاً لأنهم أكلوا منه مضطرين إلى ذلك والضرورة لها تأثير فى إباحة الميتة.

هـ- أما ما روى من آثار عن بعض الصحابة بحله فقد روى عن بعضهم القول بحرمته، وبذلك يتعارض الموجب للحرمة مع الموجب للحل فيترجح موجب الحرمة لحديث دع ما يريبك إلى ما لا يريبك[2].

مناقشة أدلة القول الأول:

ناقش الجمهور أدلة الحنفية بما يلى :

أ- حديث جابر ضعيف باتفاق الحفاظ فلا يجوز الاحتجاج به لو لم يعارضه شئ فكيف إذا عورض بما هو أقوى منه.

---

(١) ثم ان فى هذا الخبر اختلاف فى رفعه، فروى مرة مرفوعا ومرة موقوفاً . يراجع أحكام القرآن للجصاص ١٥٣/١.

(٢) المبسوط ٢٤٨/١١، ٢٤٩.

وبيان ضعفه ما ذكره ابن حجر[1] . حيث قال أخرجه أبو داود مرفوعاً من رواية يحيى بن سليم الطائفى عن أبى الزبير عن جابر ثم قال رواه الثورى وأيوب وغيرهما عن أبى الزبير موقوفاً وقد اسند من وجه ضعيف عن أبى الزبير عن جابر مرفوعاً وقال الترمذى سألت البخارى عنه فقال ليس بمحفوظ ويروى عن جابر خلافه فالصحيح أنه ليس بمرفوع بل موقوف على جابر وإذا ثبت أنه موقوف فقد عورض بقول أبى بكر وغيره فلم يبق فيه حجة .

ب- إن هذا الحديث معارض بما روى عن جابر من حديث الدابة التى ألقاها البحر حيث دل على إباحة أكل ميتة البحر من غير أن يفرق بين طاف وغير طافى. وهو حديث ثابت صحيح لا يقوى حديثكم على معارضته فبطل ما استدللتم به.

جـ- وإن سلم أن الحديث صالح للاحتجاج مع كل هذا فإن النهى فيه يحمل على نهى الكراهة؛ لأنه إذا مات رسب فى أسفله فإذا أنتن طفا فكرهه لنتنه لا لتحريمه[2].

د- أما ما روى عن على وابن عباس فقد روى عنهما خلافه، فقد روى عن على وعمر قالا الجراد والنون ذكى كله، من

---

(١) فتح البارى ٥٣٤/٩.

(٢) يراجع فى كل ما سبق المجموع ٣٥/٩، المحلى ٣٩٥/٧، وما بعدها ، فتح البارى ٥٣٤/٩.

غير تفصيل بين طافٍ وغيره، وابن عباس روى عنه لا بأس بالسمك الطافى[1] وعلى هذا فلا حجة فى قولهما فبطل ما استدللتم به وهو المدعى.

هـ- ثم إن ما روى عن ابن عباس من قوله:" لا تأكل منه طافيا" ففى سنده الاجلح وهو لين فبطل الاحتجاج به[2].

الترجيح :

بعد ذكر الأقوال والأدلة ومناقشة ما أمكن مناقشته من الأدلة فإننى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من حل أكل السمك مطلقاً مات بسبب أو بغير سبب الطافى وغير الطافى سواء . لما يلى:

أ- حديث أحل لنا ميتتان لم يفرق بين ميتة وميتة فكانت ميتة السمك حلالا بإطلاق وحملها على ما مات بسبب دون غيره تحكم لا دليل عليه.

ب- حديث الدابة التىألقاها لهم البحر ورد فى بعض طرقه " حوتاً ميتاًو أنهم قصوا خبره على الرسول ﷺ وأنه أكل منه" دليل على حل حيوان البحر مطلقاً مات بسبب أو بغير سبب وحمله على أنه مما ألقاه البحر حياً ثم مات خارجه تحكم لا دليل عليه، إذ يحتمل أن البحر ألقاه بعد ما مات

(١) يراجع سنن البيهقى، نصب الراية ٢٥/٤.
(٢) يراجع فتح البارى ٥٣٠/٩.

فيه وطفا وعلى هذا فليس حمله على أنه مات بسبب بأولى من حمله على أنه مات بغير سبب.

جـ- إن التفريق بين ما مات بسبب وما مات بغير سبب حيث يؤكل الأول ولا يؤكل الثانى تكليف بما لا يطاق،؛ لأنه لا سبيل إلى علمه هل مات وهو طاف فيه أو مات قبل أن يطفو؟ أو مات من ضرب حوت أو مات بغير ذلك؟ وتكليف الإنسان بما لا سبيل إلى علمه من باب التكليف بما ليس فى الوسع والله تعالى يقول ﴿ **لا يكلف الله نفساً إلا وسعها** ﴾.

ما قطع من السمكة وهى حية :

إذا قطع بعض السمكة وهى حية فمات فإنه يحل أكله، ما قطع وما بقى، لأن موته كان بسبب عند الحنفية، وما مات بسبب عندهم يؤكل أما عند الجمهور فما مات بسبب وبغير سبب فكله حلال وإنما جاز أكل ما قطع وما بقى؛ لأن ما أبين من الحي فهو ميتة وميتة السمك حلال أكلها[1]؛ لأنها لا تحتاج إلى ذكاة بخلاف ما قطع من حيوان البر وهو حى فلا يؤكل؛ لأنه ميتة لا حتياج أصله إلى التذكية .

---

(١) ولم يخالف فى هذا إلا لزيدية فى وجه ضعيف أنه لا يحل لعموم حديث ما أبين من الحى فهو ميتة. الهداية مع الفتح ٥٠٣/٩، البحر الزخار ٣٠٤/٥.

ثانياً: الخلاف فى حيوان البحر غير السمك:

سبق أن ذكرنا أن حيوانات الماء كثيرة ومتعددة الأنواع والأشكال ولا يحصى عددها إلا الله. فهل هذه الحيوانات غير السمك مما يحل أكله أو هى مما لا يحل أكله؟ اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[1] إلى أنه لا يحل من حيوان الماء غير السمك.

وقد استدلوا لمذهبهم هذا من القرآن والسنة:

فمن القرآن :

استدلوا بقوله تعالى :﴿ **حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير**﴾[2] فقد حرم الله الخنزير من غير فصل بين برى وبحرى .

وبقوله تعالى﴿ **يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث**﴾[3]. فكل ما كان خبيثاً من حيوان البحر فهو محرم، فالضفدع والحية والسرطان ونحوها من الخبائث فكانت محرمة بالآية .

---

(١) المبسوط ٢٤٨/١١، تكملة فتح القدير ٥٠٣/٩، البدائع ٣٥/٥.
(٢) بعض الآية رقم ٣ من سورة المائدة .
(٣) بعض الآية ٥٧ من سورة الأعراف .

ومن السنة :

استدلوا بما روى عن النبى ﷺ أن طبيباً سأله عن الضفدع يجعلها فى دواء فنهاه عن قتلها(١).

فكان النهى عن القتل دليلاً على التحريم(٢).

القول الثانى :

وذهب إليه الليث بن سعد وهو قول لابن أبى ليلى(٣).

إن ما يؤكل جنسه من صيد البر يؤكل جنسه من صيد البحر وما لايؤكل من صيد البر كالخنزير ونحوه لا يؤكل من صيد البحر ولعل حجة هذا القول هى مراعاة التسمية فحرموا خنزير الماء لمشابهة الخنزير البرى حتى وإن اختلف عنه فى كثير من الصفات .

القول الثالث:

وذهب إليه الجمهور(٤).

حيث قالوا بحل حيوان البحر في الجملة وإن استثنوا من ذلك بعض حيوان البحر حيث قالوا بحرمته كما سيأتى: وممن روى عنه الحل عطاء والحسن والشعبى(٥).

---

(١) الحديث فى المستدرك للحاكم ٤١٦/٤، وقال حديث صحيح، سنن الدارمى ٨٨/٢.
(٢) تراجع المصادر السابقة.
(٣) البدائع ٣٥/٥، المبسوط ٢٤٨/١١.
(٤) المنتقى للباجى ١٢٨/٣، الأم ٢٢٩/٢، المغنى ٥٧٢/٨، المحلى ٣٩٣/٧.
(٥) فتح البارى ٥٣١/٩، ٥٣٢.

وندلل على حل حيوان البحر فى الجملة عندهم ما يلى :

١- قوله تعالى :﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم ﴾ وقوله تعالى :﴿ ومن كل تأكلون لحماً طرياً ﴾ فعم سبحانه ولم يخص شيئا من شئ.

٢- قول النبى ﷺ عن البحر " هو الطهور ماءه الحل ميتته" ولم يخص السمك من غيره من حيوان البحر فدل على إباحة ميتة حيوان البحر باطلاق.

٣- حديث جابر - وفيه أن البحر ألقى إليهم دابة تدعى العنبر، وأنهم أكلوا منها وتزودوا من لحمه وشائق وفيه أن رسول اللهﷺ أكل منه، ولا شك أن هذه الدابة ليست من السمك بل هى دابة من دواب البحر غير السمك وقد أكل منها النبى ﷺ وأقر الصحابة على ألأكل منها فدل هذا على حل حيوان البحر باطلاق وهو المدعى .

المناقشة والترجيح :

ناقش الحنفية أدلة الجمهور بما يلى :

أ- أما الآية ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ فيجاب عنها من وجهين:

الأول: أن المراد بصيد البحر هو ما يؤخذ منه طرياً من السمك - وإن المراد بطعامه المالح المقدد منه.

الثانى : أن المراد من الصيد هو فعل الصيد وهو الاصطياد لأنه هو الصيد حقيقة - لا المصيد لأنه مفعول فعل الصيد

وإطلاق اسم الفعل يكون مجازا ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل.

وعلى هذا فلا دليل فى الآية على إباحة الأكل بل خرجت للفصل بين الاصطياد فى البحر وبين الاصطياد فى البر للمحرم[1].

ب- أما حديث الحل ميتته فالمراد به ميتة السمك خاصة دون غيره من حيوان البحر. بدليل قوله ﷺ الميتتان السمك والجراد حيث فسر ميتة البحر بالسمك فكان هو المراد[2].

جـ- أما حديث الدابة فيجاب عنه من وجهين :

الأول: أن العنبر اسم للسمك خاصة فلم يكن فيه دليل على حل كل حيوان البحر.

الثانى : وإن سلم أنه غير السمك فهو محمول على أنهم أكلوا منه لضرورة حيث كانوا فى مجاعة فجاز لهم الأكل لهذا لا لكونه من حيوان البحر.

أو يحمل على أن ذلك كان قبل نزول قوله تعالى ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾[3].

وعلى هذا فليس فيما استدلوا به حجة على حيوان البحر غير السمك وهو المراد.

---

(١) المبسوط ٢٤٨/١١، البدائع ٣٥/٥، ٣٦.

(٢) البدائع ٣٦/٥.

(٣) المبسوط ٢٤٩/١١.

مناقشة أدلة الحنفية :

ناقش الجمهور أدلة الحنفية بما يلى :-

أ- استدلالهم بأية تحريم الميتة يجاب عنه بأن لفظ الميتة عام فى كل ميتة وقد خصص بحديث أحل لنا ميتتان كما خصص بحديث الحل ميتته فتحل ميتة البحر ويبقى ما عداه على أصل الحرمة .

ب-أما تخصيصها بميتة السمك فقط فمردود بحديث الدابة وبحديث الحل ميتته حيث أنه لفظ عام فتخصيصه من غير دليل لا يجوز.

جـ- أما استدلالهم بآية ويحرم عليهم الخبائث، فنحن نقول به فكان ما استخبثته الطباع من حيوان البحر حرام ومالم تستخبثه يبقى على الحل كحيوان البر وليس كل حيوان البحر مستخبثاً فلم يبق فى الآية دليل على تحريم كل حيوان البحر غير السمك.

الترجيح :

والذى أميل إليه من القولين هو رأى الجمهور بحل حيوان البحر لكن مع استثناء بعض أنواع منه إما لاستخباثها وإما لورود دليل خاص بتحريمها.

أما سبب الترجيح فهو صحة حديث جابر فى أنهم أكلوا من الدابة التى ألقاها لهم البحر رغم أنها ليست من السمك بل

هى نوع آخر من حيوان البحر ، وأقرهم النبى على ذلك بل ورد أنه أكل منها ولو كانت حراماً لبينه لهم.

أما قول الحنفية أنهم أكلوا منها للضرورة فمردود بما يلى:-

أ- لو كان الأكل للضرورة لأكلوا منها بقدر الحاجة وما ورد فى الحديث يدل على أنهم أكلوا منها فوق الحاجة حتى صلحت لهم أجسادهم، ثم أنهم تزودوا منه ولو كان أكلهم للضرورة ما تزودوا منه.

ب-ورد أن النبى ﷺ أكل منه ولو كان أكلهم للضرورة ما أكل وليبينه لهم.

جـ- قولهم أن العنبر اسم للسمك مردود فللسمك أسماء كثيرة ليس منها هذا الاسم كما أنه ورد فى بعض طرق الحديث أن البحر ألقى لهم حوتاً ميتاً والحوت ليس من السمك. إذا ثبت هذا كان القول بحل حيوان البحر بإطلاق هو الأولى والأرجح.

والله تعالى أعلم ،،،

غير أن الجمهور استثنوا من ذلك أنواعاً اختلفت أقوالهم فى حلها أو حرمتها نبينها على النحو التالى :

١- التمساح :-[١].

اختلف الجمهور[٢] فى حل التمساح وحرمته على النحو التالى :-

القول الأول:

المالكية[٣] والشافعية فى وجه[٤] ورواية عن أحمد وبه قال الأوزاعى[٥].

انه حلال : فلمن اشتهاه أن يأكله .

وقد استدلوا لذلك بعموم قوله تعالى :﴿ **أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم** ﴾ .

وهذا من صيد البحر فكان داخلاً فى عموم الحل.

وبعموم قوله ﷺ عن البحر:" هو الطهور ماؤه الحل ميتته " وهذا من حيوان البحر فسواء أخذ حياً أو ميتاً فهو حلال لدخوله فى عموم اللفظ.

---

(١) التمساح على صورة الضب له فم واسع به ستون ناباً فى فكه الأعلى وأربعون فى فكه الأسفل وبين كل نابين سن صغيرة مربعة وله لسان طويل وأربع أرجل وهو حيوان برمائى من رتبته التمساحيات وطائفة الزواحف كبير الجسم طويل الذنب قصير الأرجل على ظهره ورأسه وذنبه كترس السلاحف وجمعه تماسيح ، المعجم الوسيط ٩٢/١، حياة الحيوان ٢٧١/٢.

(٢) نعنى بالجمهور غير الحنفية حيث أنهم قالوا بحرمة جميع حيوان الماء عدا السمك . كما سبق.

(٣) المنتقى ١٢٨/٣.

(٤) شرح المحلى مع قليوبى ٢٥٧/٤.

(٥) المبدع ٢٠٢/٩٤، شرح منتهى الإدارات ٣٩٩/٣.

القول الثانى :

وذهب إليه الشافعية[1] فى الأصح - والحنابلة فى المذهب[2] وهو قول النخعى[3] أن التمساح حرام لا يؤكل[4].

وقد استدلوا لذلك بقوله تعالى:﴿ **ويحرم عليهم الخبائث**﴾ فقد بين الله أن كل مستخبث حرام والتمساح من المستخبثات فكان داخلاً فيما حرم.

كما استدلوا لتحريمه بحديث النهى عن كل ذى ناب من السباع.

فهو وإن كان من حيوان البحر إلا أن له ناباً يعدوا به على الناس ويفرس به فكان داخلاً فى عموم النهى والنهى يفيد التحريم .

الترجيح :

والذى أميل إليه من القولين هو القول الأول القائل بحل التمساح لمن اشتهاه، وذلك لعموم ما استدلوا به حيث لم يخص من حيوان البحر شئ وجعل الكل حلالاً.

ولعموم قوله تعالى ﴿ **كلوا مما فى الأرض حلالا طيباً** ﴾ وقوله : ﴿**وقد فصل لكم ما حرم عليكم**﴾ ولم يفصل لنا تحريم التمساح ، فكان باقيا على أصل الحل.

(١) المجموع ٩/٣٢، شرح المحلى وقليوبى ٤/٢٥٧.
(٢) المغنى ٨/٦٠٧، المبدع ٩/٢٠٢.
(٣) المغنى ٨/٦٠٧.
(٤) وهذا قول الحنفية لأنه من حيوان البحر - وقد سبق.

٢- السرطان :[١]

الحنفية مشوا على أصلهم فى القول بالحرمة لأنه من حيوان البحر وكل حيوان البحر عدا السمك محرم عندهم وقد سبق.

أما الجمهور فلهم فى السرطان قولان.

القول الأول : وهو للشافعية فى الصحيح[٢] .

أنه حرام لا يؤكل لأنه من المستخبثات فهو وإن كان من حيوان البحر إلا أنه يحرم لاستخباثه والله يقول **﴿ ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾** .

القول الثانى :

وهو للمالكية[٣] والحنابلة[٤] والشافعية فى قول[٥] والظاهرية وبه قال عطاء[٦].

ان السرطان حلال.

---

(١) هو حيوان بحرى من القشريات العشريات الأرجل وهو بفتح السين والراء المهملتين ويسمى عقرب الماء وهو جيد المشى سريع العدو ذو فكين ومخالب وأظفار حداد كثير الأسنان يستنشق الماء والهواء معاً وهو يتخلق فى الصدف، المعجم الوسيط ٤٤٣/١، حياة الحيوان للدميرى ٦٨٤.

(٢) قليوبى وشرح المحلى على المنهاج ٢٥٧/٤.

(٣) المنتقى ١٢٨/٣.

(٤) المغنى ٦٠٦/٨، ٦٠٧.

(٥) المجموع ٣٢/٩.

(٦) المحلى ٤١٠/٧.

وأدلتهم عموم قوله تعالى : ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة﴾ .

وقوله ﷺ " هو الطهور ماوؤه الحل ميتته"

غير أن المالكية والحنابلة يقولون بحل أكله بغير ذكاة – مستدلين بما روى عن شريح صاحب النبى ﷺ : أنه قال " كل شئ فى البحر مذبوح . وبما روى عن طريق عمر بن دينار قال سمعت شيخاً كبيراً يحلف بالله ما فى البحر دابة إلا قد ذبحها الله لبنى آدم" وبما روى من طريق عبد الله بن سرجن يرفعه " أن الله قد ذبح كل ما فى البحر لبنى آدم" وبما روى عن عمر ثم على الحوت ذكى كله"[1].

ولأنه لا دم فيه والمقصود بالذكاة هو اخراج الدم منه وتطيب اللحم بإزالته عنه فما لا دم فيه لا حاجة إلى ذكاته[2].

أما الظاهرية وهو قول للمالكية أنه لا يحل إلا بالذكاة لأنه يمكن تذكيته وما أمكن فيه الذكاة لا يؤكل بغيرها وإنما تركت الذكاة فى السمك لعدم الإمكان بخلاف السرطان فيمكن تذكيته فلا تترك، ولأنه حيوان يمكن أن يعيش فى البر فلم يجز أكله إلا بذكاة كغيرة من حيوان البر.

(١) يراجع فتح البارى ٥٣١/٩،نصب الراية ٢٠٥/١.
(٢) المغنى ٦٠٩/٨.

الترجيح :

والذى أراه راجحاً هو القول بحل السرطان لأنه من حيوان البحر والأدلة العامة تحله ولم يرد فيه دليل يخصه من هذا العموم فبقى على الأصل.

ثم إنى أرى ترجيح القول بحله بغير ذكاة لأن مقصود الذكاة هو إزالة الدم وتطييب اللحم والسرطان لا دم فيه فلم تجب فيه التذكية لعدم الفائدة كالسمك .

٣- السلحفاة البحرية : [١].

الحنفية يقولون بحرمتها كغيرها من حيوان البحر كما سبق.

والمالكية[٢] والشافعية فى وجه[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥] والشوكانى[٦].

يقولون إن السلحفاة البحرية حلال لمن أراد أكلها لأنها من حيوان الماء.

---

(١) هى حيوان برمائى من قسم الزواحف يحيط بجسمه صندوق مغطى بحراشيف قرنية صغيرة جمعه سلاحف وهو يبيض فى البر فما استمر منه فى البر كان سلحفاة وما سقط فى البحر كان لجأه - وهى السلحفاة البحرية لها أسنان فى صدرها من اصابته به من الحيوان قتلته وهى تأكل الثعابين المعجم الوسيط ٤٦٣/١، حياة الحيوان ٦٩٢، ٦٩٣، ١١٩٩.

(٢) المنتقى ١٢٩/٣.

(٣) المجموع ٣٢/٩.

(٤) المغنى ٦٠٦/٨.

(٥) السيل الجرار ١٠١/٤.

(٦) المجموع ٣٢/٩، قليوبى ٢٥٧/٤.

ويستدلون لحلها بعموم قوله تعالى :﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ وقوله : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾ .

وعموم قوله : ﴿ كلوا مما فى الأرض حلالا طيباً ﴾ حيث إن الله لم يفصل لنا تحريم السلحفاة فكانت باقية على الحل.

وإذا أحل أكلها أحل أكل بيضها وما تولد منها.

غير أن بعضهم يقول لا تحل إلا بذكاة لأنها تعيش فى البر فلم تجز من غير ذكاه كحيوان البر وبعضهم قال تحل من غير ذكاة لأنها من حيوان الماء فكانت مثله لا تحتاج إلى ذكاة كالحوت والسمك وذهب الشافعية فى أصح الوجهين[١] وهو قول الزيدية[٢].

إلى أن السلحفاة حرام والعلة فى التحريم هى الاستخباث فكانت داخلة فى عموم قوله تعالى :﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾

٤- الضفدع : [٣].

اختلف الجمهور فى حله وحرمته على قولين :

المالكية[٤] والشافعية فى قول ضعيف[٥] وهو قول الشعبى[٦] وابن أبى ليلى والليث بن سعد[٧] يحل أكل الضفدع

---

(١) المجموع ٣٢/٩، قليوبى ٢٥٧/٤.

(٢) السيل الجرار مع الحدائق ٩٤/٤.

(٣) الضفدع بكسر أوله ويفتح الدال وبكسرها أيضا وحكى ضم أوله مع الدال جمعه ضفادع وضفادى بغير غين لغة فيه وهى من الحيوان البرمائى حيث يعيش فى البر وفى الماء وهى أنواع كثيرة تتولد من سفاد ومن غير سفاد لاعظام لها منها ما ينق وما لا ينق . حياة الحيوان ٧٩٩/٥، ٨٠٠، فتح البارى ٥٣١/٩.

(٤) المنتقى للباجى ١٢٨/٣، ١٢٩.

(٥) المجموع ٣٢/٩.

(٦) فتح البارى ٥٣١/٩

(٧) البدائع ٣٥/٥.

لعموم الأدلة المبيحة لحيوان البحر وهومن حيوان البحر فكان داخلاً في عمومها.

واختلف في ذكاته فقيل يحل بغير ذكاة وقيل لا يحل إلا بالذكاة أما الشافعية في منصوص[1] المذهب والحنابلة[2] والظاهرية [3].

فيرون حرمة الضفدع وذلك لما ورد أن النبي ﷺ نهى عن قتله فقد روى عن عبد الرحمن بن عثمان القرشي أن طبيبا سأل رسول ﷺ عن الضفدع يجعلها في دواء فنهى عن قتلها[4].

والنهي عن قتل الحيوان إما لحرمته كالآدمي وإما لتحريم أكله كالصرد والهدهد ، والضفدع غير محترم فكان النهي منصرفاً إلى الوجه الآخر.

الترجيح :

والذى أميل إليه هو القول بالتحريم وذلك لأنها مستخبثة حيث تنفر منها الطباع وما كان مستخبثا فالأصل فيه التحريم .

والله أعلم ،،،

---

(١) المجموع ٣٣/٩ ، قليوبى ٢٥٧/٤.

(٢) شرح منتهى الارادات ٣٩٩/٣.

(٣) المحلى ٢٤٥/٧.

(٤) رواه الحاكم فى المستدرك ٤١٦/٤، وصححه ، نصب الراية ٢٠١/٤، الترغيب والترهيب ٤٠/٤.

٥- خنزير الماء - وكلب الماء:[١].

اختلف الجمهور فيهما على النحو التالى :

الأول: ذهب المالكية [٢] فى المشهور والشافعية فى قول[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥] إلى القول بحلهما لأنهما من صيد البحر.

والأدلة عامة فى حل كل صيد البحر ولم تخص شيئاً من شئ.

ولما روى عن البنى ﷺ أنه قال إن الله ذبح كل شئ فى البحر لأبن آدم وقد روى أن الحسن بن على ركب على سرج عليه جلد من جلود كلاب الماء[٦] ولو كان حراماً أكله ما حل استخدام جلده كجلد الخنزير البرى .

فإذا قلنا بحلهما فقيل يحلان بغير ذكاة وقيل بل لابد من الذكاة.

(١) خنزير الماء ويسمى الدلفين بضم الدال دابة فى البحر تنجى الغريق تمكنه من ظهرها ليستعين به على السباحة، وصفته كصفة الذق المنفوخ وله رأس صغيراً جداً ولا يؤذى أحداً ولا يأكل السمك وهو يلد ويرضع وأما كلب الماء فهو القندس يداه أطول من رجليه يراجع حياة الحيوان ٥٩٢، ٥٩٣، ١١٩١.

(٢) المنتقى ٣/١٢٨.

(٣) المجموع ٩٤/٣٢.

(٤) المبدع ٩/٢٠١، ٢٠٢.

(٥) المحلى ٧/٣٩٣، ٣٩٤.

(٦) فتح البارى ٩/٥٣١.

القول الثانى :-

وهو مروى عن مالك[1] أنهما يكرهان ولا يحرمان.

ووجه ذلك هو ظاهر تسميتهما كلباً وخنزيراً فلموافقتهما للكلب والخنزير البرى فى الاسم قيل بالكراهة ولم نقل بالتحريم لعدم ورود دليل خاص بتحريمهما.

وروى عن مالك أيضاً انه توقف فى الخنزير فلم يقل بحله أو بحرمته وقال لمن سأله أنتم تقولون خنزيراً.

القول الثالث:-

وذهب إليه الشافعية[2] فى قول وهو قول الزيدية[3] أنهما لا يحلا. وهو موافق لمذهب الحنفية وقد سبق.

ووجه الحرمة أنهما من الخبائث والله يقول : ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾ وعموم قوله تعالى :﴿ **حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير** ﴾ ولم يفرق بين برى وبحرى فكان الكل داخلا فى التحريم.

الترجيح :-

بعد ذكر الأقوال والأدلة أرى ترجيح القول الأول القائل بحل كلب الماء وخنزيره ما لم يستخبثهما الطباع، لأنها تسميتهما كلباً وخنزيراً لايخرجهما عن كونهما من حيوان البحر الذى أحل الله صيده من غير أن يخص منه شيئاً.

---

(١) المنتقى ١٢٨/٣.

(٢) شرح المحلى مع قليوبى ٢٥٧/٤، المجموع ٣٢/٩.

(٣) السيل الجرار ٩٤/٤، وما بعدها.

ولأن هذه تسمية من ليس بحجة فى اللغة وليست التسمية إلا لله ولو كان ذلك إلى الناس لكان من شاء أن يحل الحرام أحله بأن يسميه باسم شئ حلال، ومن شاء أن يحرم الحلال حرمه بأن يسميه باسم شئ حرام.

فالظاهر أن كلب الماء وخنزيره يختلفان عن كلب وخنزير البر كلية ولايتفقان إلا فى الاسم وهذا الاتفاق فى الاسم لا ينبغى أن يكون سبباً للتحريم أو التحليل.

إذا ثبت هذا كان كلب الماء وخنزيره من حيوان البحر الذى وردت الأدلة بحل صيده وحل ميتته ما لم يستخبثها الطباع فيحرما لذلك لا لكونهما من حيوان الماء.

.. والله تعالى أعلم،،،

المبحث الثانى

الخيل والبغال والحمير

بعد أن امتن الله على بنى آدم بخلق الأنعام لهم ينتفعون بها ومنها يأكلون امتن عليهم بنوع آخر من الحيوان وهو الخيل والبغال والحمير فقال ﷻ: ﴿ **والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة** ﴾[1].

فهل الركوب والزينة هي كل منافعها أم هى بعض المنافع فقط وأن من منافعها الأكل أيضاً ، هذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال المسائل التالية :

المسألة الأولى : فى حكم الخيل [2].

اختلفت الفقهاء فى حكم الخيل على قولين:

القول الأول : لأبى حنيفة[3] ومالك[4] والحكم والأوزاعى وهومروى عن ابن عباس[5] وبه قال الهادوية[6] والزيدية[7] وقد ذهبوا إلى القول بمنع أكل لحوم الخيل.

---

(١) بعض آية ٨ من سورة النحل.

(٢) الخيل جماعة الأفراس لا واحد له من لفظه وقيل مفرده خائل وهى مؤنثة ، والجمع خيول- وسميت خيلاً لاختيالها فى المشية . فالخيل على هذا اسم للجمع عند سيبويه. الزرقانى على الموطأ ٩١/٣، حياة الحيوان ٥٣٩.

(٣) المبسوط ٢٣٣/١١، البدائع ٣٨/٥.

(٤) المنتقى ١٣٢/٣، الزرقانى على الموطأ ٩٢/٣، الشرح الكبير ١١٧/٢.

(٥) المغنى ٥٩١/٨، المجموع ٤/٩، فتح البارى ٥٦٧/٩.

(٦) سبل السلام ٧٤/٤، ٧٥.

(٧) البحر الزخار ٣٣٠/٥، السيل الجرار ٩٤/٤.

غير ان منهم من روى عنه القول بالكراهة ومنهم من روى عنه القول بالتحريم فالزيدية يقولون بالتحريم وأبو حنيفة روى عنه القول بالكراهة فمن أصحابه من حملها على كراهة التنزيه ومنهم من حملها على كراهة التحريم[1] ومالك المشهور عنه التحريم وصحح أصحابه الكراهة[2] وروى عن الباقين من أصحاب هذا القول الكراهة.

الأدلة :

وقد استدل أصحاب هذا القول على المنع من أكل لحوم الخيل بأدلة من القرآن والسنة والمعقول.

أولاً: أدلتهم من القرآن :-

١- استدلوا لمذهبهم من القرآن بقوله تعالى :﴿ **والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة** ﴾ .

ووجه الاستدلال من الآية من وجوه:

الأول : أن اللام للتعليل فدل على أنها لم تخلق لغير ذلك لأن العلة المنصوصة تفيد الحصر فدلت الآية على أن جميع منافع الخيل هى الركوب والزينة، ولو كانت فيها منفعة غيرها لذكرها ليبين إنعامه علينا أو ليظهر إباحة ذلك لنا، فلما أخبر الله أنه خلقها لهذا المعنى دل على أنه جميع التصرف المباح منها فإباحة أكلها تقتضى خلاف ظاهر الآية الذى هو أولى فى الحجية من خبر الآحاد ولو صح.

---

(١) المبسوط ٢٣٣/١١، فتح البارى ٥٦٧/٩.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقى ١١٧/٢، الزرقانى على الموطأ ٩١/٣، ٩٢.

الثاني : أن الله سبحانه عطف البغال والحمير على الخيل فدل على اشتراكها معها فى حكم التحريم لأن القرآن فى اللفظ دليل القرآن فى الحكم، فمن أفرد الخيل فى الحكم فعليه الدليل.

الثالث: أن الآية سيقت مساق الامتنان حيث من الله على عباده بما خلق لهم من منفعة الركوب والزينة فى الخيل ولو كان ينتفع بها فى الأكل لكان الأولى ذكره، لأن الامتنان به أعظم إذ هو أعظم وجوه المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الله أن يترك أعظم وجوه المنفعة عند إظهار المنة ويذكر ما دونه، ودليل ذلك أنه ذكر منفعة الأكل فى الأنعام وامتن بها رغم أن منافعها كثيرة ومتعددة.

الرابع : لو أبيح أكلها لفاتت المنفعة بها فيما وقع به الامتنان من الركوب والزينة.

٢- الدليل الثانى من القرآن :

استدلوا بقوله تعالى :﴿ **ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث** ﴾ .

ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث فإن الطباع السليمة لا تستطيبه بل تستخبثه حتى لا تجد أحداً ترك بطبعه إلا ويستخبثه وينفر طبعه عن أكله، وإذا ثبت هذا فالشرع إنما جاء بإحلال ما هو مستطاب فى الطبع لا بما هو مستخبث فثبت بهذا حرمة لحم الخيل شرعاً[1].

(١) البدائع ٣٨/٥.

ثانياً: أدلتهم من السنة والأثر :

استدل من منع من أكل لحم الخيل من السنة بما يلى:

أ- روى عن خالد بن الوليد أن النبى ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الخيل(١).

ب- روى عن جابر قال لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحمر الأهلية فذبحوها فحرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر ولحوم الخيل والبغال وكل ذى ناب من السباع .. ألخ(٢).

جـ- روى عن المقدام بن معدى كرب أن النبى ﷺ قال: " حرام عليكم الحمار الأهلى وخيلها"(٣). من كل هذه الروايات يتبين لنا حرمة أكل لحم الخيل حيث إن الأحاديث صريحة فى ذلك فهى مرة تذكر بلفظ النهى وهو يفيد التحريم ومرة تذكر بلفظ التحريم فكانت نصا فى محل الخلاف.

أما الأثر فقد روى عن ابن عباس القول بكراهة لحم الخيل(٤).

ثالثاً : أدلتهم من المعقول:

استدلوا على المنع بأدلة من المعقول منها:

أ- أن الشبه الخلقى بين الخيل والبغال والحمير يؤكد القول بالمنع، فهى تشبه الحمير والبغال فى هيئتها وزهومة لحمها

---

(١) فتح البارى ٥٦٨/٩،نيل الأوطار ١١٢/٨.
(٢) المصدرين السابقين، سنن ابن ماجة ١٠٦٦/٢، وقال اتفق على أنه ضعيف.
(٣) رواه ابن ماجه ١٠٦٥/٢ بلفظ حرام عليكم الحمار الأهلى - ولم يذكر فيه الخيل.
(٤) فتح البارى ٥٦٦/٩.

وغلظه وفى صفة أرواثها وفى أنها لا تجتر و إذا تأكد الشبه الخلقى لم يكن هناك فارق بينها وإذا انتفى الفارق ثبت أن الحكم واحد وهو المنع من الأكل.

ب- أن الفرس حيوان أهلى ذو حافر فلم يكن أكله مباحاً كالبغال والحمير.

جـ- لو كانت الخيل حلالا لجازت الأضحية به كغيره من الحيوان المأكول فلما لم تصح به الأضحية علمنا أنه حرام(١).

أما من روى عنهم القول بالكراهة فقد استدل لهم:

بأنه لما تعارضت أدلة الحل مع أدلة التحريم ولم يترجح أحدهما على الآخر عندهم قالوا بكراهته احتياطاً لباب الحرمة(٢).

<u>القول الثانى:</u> وذهب إليه الشافعية(٣) والحنابلة(٤) وأبو يوسف ومحمد(٥) من الحنفية والظاهرية(٦) وهو مروى عن كثير من الصحابة والتابعين(٧) أن لحوم الخيل حلال لا كراهة فيها وسواء فى ذلك عرابها وبراذينها(٨).

---

(١) المبسوط ٢٣٤/١١، البدائع ٣٨/٥، المنتقى ١٣٣/٣، فتح البارى ٥٦٧/٩.

(٢) البدائع ٣٩/٥.

(٣) المجموع ٤/٩، ٥، الأم ٢٥١/١، الحاوى ١٤٣/١٥.

(٤) المغنى ٥٩١/٨، المبدع ١٩٩/٩، ٢٠٠.

(٥) البدائع ٣٨/٥، المبسوط ٢٣٣/١١، الهداية مع فتح القدير ٥٠٢/٩.

(٦) المحلى ٤٠٨/٧، ٤٠٩.

(٧) المجموع ٤/٩، المغنى ٥٩١/٨.

(٨) البرذون بكسر الباء والذال المعجمة مفرد وجمعه براذين والأنثى برذونة وهو الذى أبواه أعجميان. حياة الحيوان.

الأدلة :

وقد استدل الجمهور لمذهبهم هذا من السنة والمعقول:

أولاً: أدلتهم من السنة : استدلوا من السنة بما يلى :

أ- روى عن جابر ﷺ قال - نهى رسول الله ﷺيوم خيبر عن لحوم الحمر ورخص فى لحوم الخيل وفى لفظ (أطعمنا رسول الله ﷺ لحوم الخيل ونهانا عن لحوم الحمر)[1] فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على حل أكل لحم الخيل فهو يفرق بين الحمر الأهلية والخيل فى الحكم حيث أباح الخيل وحرم الحمر فكان نصاً فى محل الخلاف.

ب- روى عن أنس قال (أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله ﷺ)[2].

فهو يدل دلالة واضحة على حل الفرس حيث ذبحه الصحابة وأكلوه زمن النبى ﷺ فالظاهر أن النبى ﷺ علم بذلك وآقرهم عليه، لأن عدم علمه بذلك بعيد ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا حريصين على سؤاله ﷺ عن كل كبيرة وصغيرة تعرض لهم.

جـ- روى عن أسماء قالت :(نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة) وفى رواية فأكلناه نحن وأهل بيت رسول اللهﷺ[3].

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٥٦٥/٩، نيل الأوطار ١١١/٨، الترمذى ٣١٠/٣، وقال حسن صحيح ، الطحاوى فى شرح معانى الآثار ٢٠٥/٣.

(٢) أخرجه الدارمى فى السنن ٨٧/٢ عن أسماء.

(٣) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٥٦٥/٩، سبل السلام ٧٨/٤، ابن ماجة ١٠٦٥/٢.

ففى هذه الرواية دليل على اطلاع النبى ﷺ على ذلك الفعل وإقراره لهم عليه، ثم إنه من المستبعد على آل أبى بكر أن يقدموا على فعل شئ زمن النبى ﷺ إلا إذا كان عندهم علم بجوازه فكان الحديث دليلاً على حل أكل لحم الخيل وهو المدعى.

د- روى عن جابر قال سافرنا مع رسول ﷺ وكنا نأكل لحوم الخيل ونشرب ألبانها[١] دل الحديث على حل لحوم الخيل وألبانها لفعل الصحابة ذلك فى زمن النبى ﷺ ولم ينكر عليهم فالظاهر موافقته عليه.

هـ- سئل عطاء عن لحوم الخيل فقال للسائل لم يزل سلفك يأكلونه قال ابن جريج قلت له أصحاب رسول الله ﷺ قال: نعم[٢].

فهذا عطاء ينقل القول بالحل عن الصحابة من غير أن يستثنى منهم أحداً وهو من كبار التابعين الذين أدركوا جمهور الصحابة ولو نقل عنهم غير ذلك ما جاز لعطاء أن يقول ذلك.

و- روى عن إبراهيم النخعى قال ذبح أصحاب ابن مسعود فرساً فاقتسموه بينهم. فمن هذه الآثار تبين لنا أن عامة الصحابة والتابعين يقولون بالحل حتى إن ابن حزم قال[٣]: إن ذلك يكاد أن يكون إجماعاً.

---

(١) سنن الدارقطنى، سنن البيهقى، نيل الأوطار ١١١/٨.
(٢) فتح البارى ٥٦٦/٩، نيل الأوطار ١١/٨.
(٣) المحلى ٤٠٩/٧.

ثانياً : أدلتهم من المعقول:

استدلوا على حل الفرس من المعقول بما يلى :

أ- أن الخيل حيوان طاهر مستطاب ليس بذى ناب ولا مخلب فكان حلالا كبهيمة الأنعام[1].

ب- أن سؤره طاهر على الإطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه فعرفنا أنه مأكول كالأنعام[2].

جـ- أن الناس لا زالوا يبيعون لحوم الخيل فى الأسواق من غير نكير[3] فدل ذلك على أن حل الخيل أمر متقرر عندهم حتى لم ينكره على من يبيعه أحد.

المناقشة والترجيح:

بعد ذكر القولين وأدلتهما - بقى أن نناقش هذه الأدلة كى يتبين لنا الرأى الراجح منها:

فنقول وبالله التوفيق أورد كل فريق اعتراضات ومناقشات على أدلة الفريق الآخر. ونوردها على النحو التالى:

أولاً: ناقش أصحاب القول الأول أدلة الجمهور بما يلى :

١- أما حديث جابر فيجاب عنه من وجهين :

الأول: أنه لم يشهد خيبر فكان الحديث معلولاً بذلك.

الثانى : أن حديث جابر يدل على التحريم لأن فيه قوله ورخص فى الخيل - والرخصة استباحة المحظور مع قيام مانع

---

(١) المغنى ٥٩١/٨.
(٢) المبسوط ٢٣٣/١١.
(٣) المبسوط ٢٣٣/١١.

فدل على أنه رخص لهم فيها بسبب المخمصة التى أصابتهم بخيبر فلا يدل ذلك على الحل المطلق[1].

٢- ويجاب عن حديث جابر وحديث اسماء بأن ذلك محمول على الحال التى كان يؤكل فيها الحمر لأن النبى ﷺ إنما نهى عن أكل لحوم الحمر يوم خيبر وكانت الخيل تؤكل فى ذلك الوقت ثم حرمت . يدل لذلك ما روى عن الزهرى أنه قال ما علمنا الخيل أكلت إلا فى حصار[2].

كما يمكن مناقشة حديث أسماء بأنه قضية عين يتطرق إليها الاحتمال إذ هو خبر لاعموم فيه[3].

كما يمكن أن يناقش حديث جابر بأنهم كانوا يأكلون لحوم الخيل فى مغازيهم فى السفر - فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها فى حالة الضرورة أو يحمل على هذا عملاً بجميع الأدلة وفى هذا صيانة لها عن التناقض[4].

٣- وعلى فرض التسليم بصحة أدلة الحل وعدم احتمالها لما ذكر فإنها معارضة بالأدلة التى سقناها والتى تدل على الحظر وإذا تعارضت أدلة الحل مع أدلة الحظر فإنه يترجح دليل الحظر[5].

---

(١) فتح البارى ٥٦٨/٩، الزرقانى على الموطأ٩٢/٣.
(٢) البدائع ٣٨/٥.
(٣) الزرقانى على الموطأ ٩٢/٣.
(٤) المصادر السابقة .
(٥) المبسوط ٢٣٤/١١.

ثانياً : مناقشة أدلة الحنفية :

ناقش الجمهور أدلة القول الأول بما يلى :

أولا: استدلالهم بالآية الأولى غير مسلم ويجاب عليه بجوابين :

أما الجواب الأول فهو أن آية النحل مكية اتفاقاً والإذن فى أكل الخيل كان بعد الهجرة من مكة بأكثر من ست سنين فلو فهم النبى ﷺ من الآية المنع لما أذن فى الأكل، ثم إن الآية ليست نصا فى منع الأكل وأحاديث الإباحة صريحة فى الجواز[1].

أما الجواب الثانى عن الآية فمن أوجه:

أ- لا نسلم أن اللام فى قوله – لتركبوها – مفيدة للحصر فى الركوب والزينة لأن الخيل ينتفع بها فى غير الركوب وغير الأكل اتفاقاً وإنما خصهما بالذكر لكونهما أعظم المقصود منها.

ولذلك نظائر – فمثلاً فى قوله تعالى ﴿ **حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير** ﴾ خص لحم الخنزير بالذكر لأنه أعظم المقصود منه وقد أجمع المسلمون على تحريم شحمه وسائر أجزائه.

وكما فى حديث البقرة التى خاطبت راكبها فقالت إنا لم نخلق لهذا إنما خلقنا للحرث فإنه مع كونه أصرح فى الحصر إلا أنه لم يستلزم حصر منافعها فى الحرث لأنها تؤكل وينتفع بها فى أشياء غير الحرث.

---

(١) فتح البارى ٥٦٩/٩، نيل الأوطار ١١٢/٨.

ب- أنه لو سلم أن الآية تفيد الحصر للزم منع حمل الأثقال على الخيل والبغال والحمير لأنه لم يذكر من جملة منافعها وذكر فى جملة منافع الأنعام ولم يقل بذلك أحد[1].

جـ-استدلالهم على التحريم بالعطف للبغال والحمير عليها استدلال ضعيف لأن دلالة العطف دلالة اقتران وهى ضعيفة[2].

د- أن الله سبحانه إنما امتن عليهم بالركوب لأنه غالب ما كان يقع به انتفاعهم بالخيل فخوطبوا بما ألفوا وعرفوا، ولم يكونوا يعرفون أكل الخيل لعزتها فى بلادهم بخلاف الأنعام فإن أكثر انتفاعهم بها كان لحمل الاثقال وللأكل فلو اقتصر الحصر فى ذلك الشق للزم مثله فى الشق الآخر[3].

قال ابن حزم [4] ولا حجة لهم فى الآية إذ لا ذكر فيها للأكل لا بإباحة ولا بتحريم وإباحة النبى ﷺ للأكل حاكم على كل شئ.

أما الإجابة عن استدلالهم بالآية الثانية فهو أن لحم الخيل ليس من الخبائث حتى يكون داخلاً فى التحريم بل هو من الطيبات فتكون الآية دليلاً على حله ومما يؤيد كونه من الطيبات ما روى عن سعيد بن جبير قال ما أكلت شيئاً أطيب من معرفة برزون[5].

---

(١) المصدرين السابقين ، المجموع ٥/٩.
(٢) فتح البارى ٥٦٩/٩، سبل السلام ٧٥/٤.
(٣) فتح البارى ٥٦٩/٩٢.
(٤) المحلى ٤٠٨/٧.
(٥) المغنى ٨/ ٥٩١.

أما الإجابة عن استدلالهم من السنة فهو على النحو التالى:

أولاً: استدلالهم بحديث خالد بن الوليد مردود من وجوه:

الأول: أنه شاذ منكر لأن فى سياقه أنه شهد خيبر وهو خطأ فإنه لم يسلم إلا بعدها على الصحيح.

الثانى : أن فى السند راوياً مجهولاً.

الثالث: أن أئمة الحديث اتفقوا على ضعفه حيث ضعفه أحمد والبخارى وموسى بن هارون والدارقطنى وابن عبد البر وغيرهم.

الرابع: أنه مع اضطرابه لو سلم بصحته وثبوته لا ينهض معارضاً لحديث جابر الدال على الجواز لا سيما وقد وافقه حديث أسماء[١].

ثانيا: استدلالهم بحديث جابر مردود بما ذكره ابن حزم[٢] أنه من طريق عكرمة بن عمار وهو ضعيف فلا يصلح للاحتجاج به وإن سلم بصحته فلا يقوى على معارضة حديث جابر الآخر الدال على الحل.

ثالثا: استدلالهم بما روى عن المقدام بن معدى كرب مردود بما رد به حديث خالد؛ لأن المقدام رواه عن خالد فهو نفس حديث خالد الأول.

---

(١) فتح البارى ٥٦٨/٩، المجموع ٥/٩، المغنى ٥٩١/٨، المحلى ٤٠٨/٧.

(٢) المحلى ٤٠٨/٧، نيل الأوطار ١١٢/٨.

ثم إن المقدام مجهول[١] فلا يبقى الحديث صالحا للاحتجاج به ولا يقوى على معارضة أدلة الحل وعلى فرض التسليم بصحة أحاديث النهى عن لحوم الخيل فهى محمولة على أن الخيل كانت قليلة فيهم وكانت سلاحا يحتاجون إليه فى الحرب لذا نهو عن أكلها لا لحرمتها[٢].

رابعا: استدلالهم بما روى عن ابن عباس مردود من أوجه:[٣]

الأول: أن هذا الأثر أخرجه عبد الرزاق وابن أبى شيبة بسندين ضعيفين .

الثانى أنه قد ورد عن ابن عباس أنه استدل على إباحة الحمر الأهلية بقوله تعالى :﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً** ﴾ فإن هذا ان صلح مستمسكاً لحل الحمر صلح للخيل إذ لافرق .

فبعد عنه أن يقول بتحريم الخيل مع قوله بحل الحمر أو بالتوقف فيها.

الثالث : روى عن ابن عباس مرفوعاً نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأمر بلحوم الخيل"[٤].

خامساً: استدلالهم من المعقول مردود بما يلى :

قولهم لو كانت حلالا لجازت الأضحية بها منقوض بحيوان البر فإنه مأكول ولم تشرع الأضحية به[٥].

---

(١) المصدر السابق.
(٢) المبسوط ٢٣٤/١١.
(٣) فتح البارى ٥٦٦/٩، ٥٦٧، المحلى ٤٠٩/٧، السيل الجرار ٩٦/٤، نيل الأوطار ١١١/٨.
(٤) فتح البارى ٥٦٩/٩، سبل السلام ٧٥/٤.
(٥) فتح البارى ٥٦٧/٩.

أما استدلالهم بقياس الخيل على البغال والحمير فيجاب عنه بأن الآثار إذا صحت عن رسول الله ﷺ أولى أن يقال بها مما يوجبه النظر[1] لا سيما وقد أخبر جابر أن النبى ﷺ أباح لهم لحم الخيل فى الوقت الذى منعهم فيه من لحوم الحمر فدل ذلك على اختلاف حكمهما.

ثم إنه لا قياس مع النص فإذا تعارض القياس مع النص بطل القياس وأعمل النص.

الترجيح :

ما سبق من مناقشة أدلة الفريقين ظهر لنا جلياً ضعف ما تمسك به المانعون من أكل لحوم الخيل وقوة أدلة الجمهور القائلين بالجواز.

أما الشبه التى أوردها أصحاب القول الأول على أدلة الجمهور فيجاب عنها بما يلى :

أما ردهم لحديث جابر بأنه لم يشهد خيبر فذلك ليس بمطعن لأن غايته أن يكون مرسل صحابى وأما قولهم بأنه دال على التحريم لقوله رخص والرخصة استباحة المحظور مع قيام المانع فيجاب عنه بأن أكثر الروايات جاءت بلفظ الإذن وبعضها بالأمر فدل على أن المراد بقوله رخص إذن لا خصوص الرخصة باصطلاح من تأخر عن عهد الصحابة فلا فرق بين العبارتين " اذن " ورخص" فى لسان الصحابة .

---

(١) المصدر السابق ، بداية المجتهد ٤٧٠/١، نيل الأوطار ١١١/٨.

أما حملهم أدلة الحل على أن ذلك كان لأجل المخمصة والضرورة فمردود بأن الإذن لو كان رخصة لأجل الضرورة لكانت الحمر الأهلية أولى بذلك لكثرتها وقلة الخيل حينئذ؛ ولأن الخيل ينتفع بها فيما ينتفع بالحمر وغيره والحمر لا ينتفع بها فيما ينتفع بالخيل من القتال.

ثم إنه ﷺ أمر بإراقة القدور التى طبخت فيها الحمر مع شدة احتياجهم إليها فدل ذلك على أن الأذن فى أكل الخيل إنما كان للإباحة العامة لا لخصوص الضرورة وعلى هذا فالرأى الراجح فى نظرى هو ما ذهب إليه الجمهور القائلون بحل أكل لحم الخيل فإذا امتنع الناس اليوم من أكلها لعدم استطابة نفوسهم لها لم يكن ذلك دليلاً على التحريم لورود النصوص المصرحة بالحل فمن طابت نفسه بالأكل أكل ومن عافته نفسه امتنع.

.. والله تعالى أعلم،،،

المسألة الثانية حكم أحل لحم البغال[1].

كما اختلف الفقهاء فى حكم الخيل اختلفوا فى حكم البغال أيضاً وحاصل خلافهم على النحو التالى .:-

١- ذهب ابن حزم الظاهرى[2]. والحسن البصرى[3] إلى القول بحل أكل لحم البغال بغير كراهة.

---

(١) البغال جمع كثرة لبغل وجمع القلة بغال والانثى بغله بالهاء والجمع بغلات مثل سجدة وسجدات مركب من الفرس والحمار وهو عقيم لا يولد له، له صبر الحمار وقوة الفرس، حياة الحيوان ٢٢٦/٢، شرح الزرقانى على الموطأ ٩٩/٣.

(٢) المحلى ٤٠٩/٧، ٤١٠.

(٣) المجموع ٨/٩، الحاوى للماوردى ١٤٣/١٥، البحر الزخار ٣٣٠/٥.

وقد استدلوا لمذهبهم هذا بعمومات القرآن الكريم :

أ- قوله تعالى : ﴿ **كلوا مما فى الأرض حلالا طيباً** ﴾ .

ب- قوله تعالى :﴿ **وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه** ﴾ .

فعمومات هذه النصوص تدل على حل البغل حيث أنه لم يفصل تحريمه ولا ورد نص يعتد به بتحريمه[1] فالنصوص جاءت بتحريم الحمار والبغل ليس حماراً وما جاء من نص بتحريمه كحديث جابر الآتى فهو منقطع لا يصلح للاحتجاج به على تحريم البغال ثم إنه مروى عن طريق أبى الزبير أنه سمع من جابر ولم يذكر البغال فلم يكن فيه دلالة على تحريم البغال فبقى البغل داخلاً فى عمومات القرآن القاضية بالإباحة.

٢- وذهب المالكية فى رواية[2] إلى القول بكراهته قياساً على الحمير الأهلية حيث عندهم قول بكراهتها.

ويستدل لهذه الرواية بما استدلوا به على كراهة الحمر الأهلية وسيأتى ذلك مفصلاً عند الحديث عن الحمر.

٣- وذهب جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين والفقهاء[3] إلى القول بحرمة لحوم البغال بل قد اعتبره البعض من الأمور المجمع عليها[4].

---

(١) يقول ابن حزم فى المحلى ٤٠٩/٧، لو صح عندنا فى البغل نهى لقلنا به.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقى ١١٧/٢، المنتقى ١٣٣/٣، بداية المجتهد ٤٦٩/١.

(٣) البدائع ٣٧/٥، الهداية مع الفتح ٥٠١/٩، المنتقى ١٣٣/٣، المجموع ٨/٩، المغنى ٥٨٧/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٩٧/٣، السيل الجرار ٩٧/٤، البحر الزخار ٣٣٠/٥.

(٤) البدائع ٣٨/٥.

وقد استدل الجمهور لمذهبهم هذا من القرآن والسنة والمعقول ، أما القرآن فقد استدلوا بقوله تعالى :﴿ **والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة** ﴾

فذكر الله الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة، وذكر الأنعام للركوب والأكل، فلما لم يذكر الأكل في البغال والحمر دل على أنه لم يخلقها لذلك وإلا بطلت فائدة التخصيص[1].

وأما السنة فقد استدلوا :

بما روى عن جابر قال:" حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر لحوم الحمر إلا نسية ولحوم البغال" وفى رواية " ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل[2].

دل الحديث على حرمة لحم البغال حيث نهو عنها والنهى يفيد التحريم.

وأما المعقول فقد استدلوا به على النحو التالى :

أن البغال متولدة من الحمير حيث إنها نتاج الخيل مع الحمير والمتولد من الشئ له حكمه فى التحريم.

قال قتادة ما البغل إلا شئ من الحمار[3].

---

(١) وهذا دليل الحنفية والمالكية وكل من قال بكراهة لحم الخيل أو حرمته وقد سبق.

(٢) سنن أبى داود رقم ٣٧٩٩، رقم ٣٨٠٩، الحاكم فى المستدرك ٢٣٥/٤، وقال صحيح على شرط مسلم، نيل الأوطار ١١٦/٨، نصب الراية ١٩٧/٤، الطحاوى ٢٠٤/٤.

(٣) المغنى ٥٨٧/٨.

ولأن اجتماع الحظر والإباحة يوجب تغليب الحظر على الإباحة فوجب فى البغل أن يغلب تحريم الحمار على إباحة الخيل وهكذا حكم كل متولد من بين مأكول وغير مأكول التحريم تغليباً لحكم التحريم على التحليل[١].

المناقشة والترجيح:

بعد ذكر الأقوال والأدلة تبين لنا أن السبب فى هذا الخلاف راجع إلى أمرين :

الأول : تعارض دليل الخطاب فى قوله تعالى :﴿ **والخيل و البغال والحمير لتركبوها وزينة** ﴾ وقوله فى الأنعام:﴿ **لتركبوا منها ومنها تأكلون** ﴾ مع الآية الحاصرة للمحرمات: ﴿**قل لآ أجد فيما أوحى إلى محرما**﴾.

فمفهوم الخطاب منها يدل على أن المباح فى البغال هو الركوب مع قياس البغل على الحمار[٢].

الثانى : هو الخلاف فى صحة الأحاديث المروية فى النهى عن لحوم البغال.

فمن ترجح عنده صحة بعض هذه الآثار قال بحرمته وقوى الآثار بالقياس على الحمير ومن ترجح عنده عدم صحتها قال بالحل وأهمل النصوص العامة الدالة على الإباحة المطلقة.

وبناء عليه فإننى أرى أن الآثار إن صحت بالنهى عن لحوم البغال فالعمل بها أولى من القياس وحديث جابر الذى

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى ١٤٣/١٥.
(٢) بداية المجتهد ٤٦٩/١.

استدل به الجمهور صححه ابن حبان لكن رده ابن حزم بأنه منقطع كما رده بأنه قد روى من طريق أبى الزبير أنه سمع من جابر فلم يذكر البغال وعلى هذا فلو صح لم يكن فيه حجة لعدم ذكر البغال فيه.

فالذى أميل إليه هو القول الثانى القائل بكراهة لحوم البغال احتياطاً.

.. . والله تعالى أعلم ،،،

المسألة الثالثة : لحوم الحمير

الحمار منه ما هو أهلى، ومنه ما هو وحشى وقد اختلف حكم كل منهما من حيث الحل والحرمة وبيان ذلك على النحو التالى :

أولاً: لحوم حمر الوحش [1].

لا خلاف بين أهل العلم[2] فى أن لحم حمار الوخش حلال ولو تأنس إلا ما روى عن طلحة بن مصرف أنه إذا تأنس واعتلف فهو بمنزلة الحمار الأهلى[3] قال أحمد وما ظننت أنه

---

(١) حمار الوحش يسمى الفراء وهو شديد الغيرة قيل إنه يعمر مائتى سنة وأكثر ، وألوانه مختلفة والأحدرية أطولها عمراً وأحسنها شكلاً – حياة الحيوان ٤٣٦/٣.

(٢) البدائع ٣٩/٥، الشرح الكبير مع الدسوقى ١١٥/٢، الأم ٢٤٢/٢، ٢٥١،الحاوى ١٤١/١٥، شرح المنتهى ٣٩٨/٣، المحلى ٤٠٦/٧، السيل الجرار ، البحر الزخار ٣٣١/٥، ٩٩/٤.

(٣) يرى المالكية أنه إذا تأنس حرم فإذا توحش بعد ذلك حل نظراً لأصله- الشرح الكبير مع الدسوقى ١١٧/٢.

روى فى هذا شئ وليس الأمر كما قال وأهل العلم على خلافه لأن الظباء إذا تأنست لم تحرم والأهلى إذا توحش لم يحل.

أما أدلتهم على حل حمار الوحش فهى كثيرة نذكر منها:

١- من القرآن قوله تعالى :﴿ **ويحل لهم الطيبات** ﴾(١).

وقوله ﴿ **كلوا من طيبات ما رزقناكم**﴾ (٢).

ولحم الحمار الوحشى من الطيبات فكان حلالا بنص القرآن.

٢- من السنة أدلة كثيرة منها:

أ- سئل رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر فقال الأهلية فقيل نعم فأمرهم بإراقتها. وفى رواية نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية (٣).

وجه الدلالة أن النبى ﷺ لما سألهم عن الأهلية وأفردها بالحكم دل على اختلاف بينها وبين الوحشية فى الحكم والأهلية حكمها الحرمة فكان الوحشى منها حلالاً.

ب- روى أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ ومعه حمار وحش عقره فقال هذه رميتى يا رسول الله وهى لك فقبله النبى ﷺ وأمر أبا بكر فقسمه بين الرفاق(٤) ولو كان محرماً لبين له ذلك ولما قبله منه ولما أمر أبا بكر بقسمته بين الرفاق.

---

(١) بعض آية ١٥٧ ، من سورة الأعراف.

(٢) بعض آية ١٧٢، من سورة البقرة .

(٣) نصب الراية للزيلعى ١٩٧/٤، سبل السلام ١٢٦/٣، فتح البارى ٥٥٠/٧.

(٤) الحديث فى نيل الأوطار ٢١/٦، شرح معانى الآثار للطحاوى ١٧٢/٢، ابن ماجة ١٠٣٣/٢.

جـ- ما روى عن أبى قتادة قال : بينما أنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية وقد احرم من أحرم من أصحابى ولم أحرم فإذا أنا بحمار وحشى فحملت عليه فطعنته برمحى فصرعته فأكلنا من لحمه ثم لحقت رسول الله ﷺ فقلت أصبت حماراً وحشياً وعندى منه فأكله وقال للقوم وهم محرمون كلوا فأكلوا[١].

فهذا الحديث نص فى حل الحمار الوحشى لأن النبى ﷺ أكل منه وهذا يبطل كل احتمال[٢].

ثانيا : لحوم الحمر الإنسية [٣].

اختلفت الفقهاء فى حل أكل لحم الحمر الأهلية - الإنسية على قولين :

القول الأول: وذهب إليه مالك فى رواية [٤] وهو قول بشر المريسى[٥]. وهو مروى عن عائشة وابن عباس [٦] وهو قول عكرمة وأبو وائل ويروى عن غالب بن الحر[٧] وروى

(١) قال أبو عيسى حسن صحيح الترمذى ٢٣٥/٢، فتح البارى ٤٥٧/٩.
(٢) الحاوى ١٤١/١٥.
(٣) الحمر الإنسية - الحمر جمع حمار ويجمع أيضاً على حمر وأحمرة والأنثى أتان وحماره بالهاء نادر والإنسية بكسر الهمزة وسكون النون منسوبة إلى الإنسى ويقال فيه أنسية بفتحتين وقيل هى بضم ثم سكون من الأنس الذى هو ضد الوحشة- وسميت بذلك لأنها تألف البيوت . حياة الحيوان ٤٠٨/٣، شرح الزرقانى على النوطأ ٩١/٣، فتح البارى ٥٧٠/٩.
(٤) المنتقى ١٣٣/٣.
(٥) المبسوط٢٣٢/١١، العناية ٥٠١/٩ البدائع ٣٣/٥.
(٦) المجموع ٦/٩، المغنى ٥٨٦/٨، البحر الزخار ٣٣١/٥.
(٧) المغنى ٥٨٦/٨.

عن سعيد بن جبير [1] لا بأس بأكل لحم الحمر الإنسية وروى عن مالك أنه يجيزها مع الكراهة .

أدلتهم على الجواز : القرآن والسنة والقياس.

أولاً القرآن:

استدلوا بقوله تعالى :﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة ... ألخ.**

فلم يذكر فى الآية الحمر الإنسية فكانت حلالا بظاهر الآية

روى عن ابن عباس أنه تلا الآية وقال ما خلا هذا فهو حلال.

ثانياً: استدلالهم من السنة :

استدلوا من السنة بما يأتى :

أ- روى عن غالب بن الحر قال: أصابتنا سنة فلم يكن فى مالى ما أطعم أهلى إلا سمان حمر فأتيت رسول ﷺ فقلت إنك حرمت لحوم الحمر الأهلية وقد اصابتنا سنة قال أطعم أهلك من سمين حمرك فإنما حرمتها من أجل أنها جوالى القرية [2] يعنى الجلالة فقد دل هذا الحديث على حل أكل لحم الحمر الإنسية حيث أباح له النبى ﷺ أن يطعم أهله منها ثم بين أن علة التحريم هى أنها تأكل العذرة فعند انتفاء العلة تحل.

---

(١) الحاوى ١٤١/١٥.

(٢) فتح البارى ٥٧٣/٩، سبل السلام ٧٣/٤، نصب الراية ١٩٧/٤.

ب- وروى عن أم نصر المحاربية أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن الحمر الأهلية فقال أليس ترعى الكلأ وتأكل الشجر؟ قال نعم قال فأصب من لحومها[1].

ثالثاً: استدلالهم من القياس :

استدلوا لقولهم من القياس بما يلى :

أ- قياس الحمار الأهلى على الحمار الوحشى فإنه مأكول بالاتفاق وكل حيوان وحشى مأكول فالأهلى من جنسه مأكول كالإبل والبقر وغيرها وما لا يكون أهليه مأكول فوحشيه لا يكون مأكولاً كالكلب والسنور[2].

ب- أن هذا حيوان مركوب ذو حافر فلم يكن محرماً كغيره من ذوى الحافر من الحيوان [3].

القول الثانى : وذهب إليه أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم [4].

إن لحوم الحمر الأهلية حرام حتى قال ابن عبد البر لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم فى تحريمها.

أدلتهم :

وقد استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة من السنة نذكر منها:

---

(١) فتح البارى ٥٧٣/٩، سبل السلام ٧٤/٤.

(٢) المبسوط ٢٣٢/١١.

(٣) المنتقى ١٣٣/٣.

(٤) البدائع ٣٧/٥، ٣٨ ،بداية المجتهد ٤٦٩/١، الأم ٢٥١/٣، المجموع ٦/٩،٧،٨، المغنى ٥٨٦/٨، ٥٨٧ المبدع ١٩٤/٩، المحلى ٤٠٦/٧، ٤٠٧، ٤٠٨، السيل الجرار ٩٨/٤، فتح البارى ٥٧٣/٩، سبل السلام ٧٣/٤.

أ- روى عن أبى ثعلبة الخشنى قال حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر لحوم الحمر الأهلية [١].

ب- عن البراء بن عازب قال : نهانا رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الإنسية نضيجاً ونيئاً.

وفى رواية أمرنا النبى ﷺ فى غزوة خيبر أن نلقى الحمر الأهلية نيئة ونضيجة[٢].

جـ- عن ابن عمر قال : إن رسول الله ﷺنهى عن أكل لحوم الحمر الأهلية [٣].

د- عن ابن أبى أوفى قال نهى النبى ﷺ عن لحوم الحمر[٤].

هـ- عن على قال نهى رسول الله ﷺ عن المتعة عام خيبر ولحوم الحمر الإنسية [٥].

كل هذه الروايات وغيرها كثير يدل على تحريم أكل لحم الحمر الأهلية بل إن فى بعض الروايات أن رسول الله ﷺ أمرهم بإراقة ما فى القدور من لحوم الحمر.

روى عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ جاءه جاء فقال أكلت الحمر ثم جاءه جاء فقال أكلت الحمر ثم جاءه جاء فقال أفنيت الحمر فأمر منادياً فنادى فى الناس إن الله ورسوله ينهانكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس فأكفئت القدور وإنها لتفور باللحم[٦].

---

(١) نيل الأوطار ١١٣/٨، فتح البارى ٥٧٠/٩.

(٢) نيل الأوطار ١١٣/٨، ابن ماجة ١٠٦٥/٢، الفتح ٥٥١/٧.

(٣) فتح البارى ٥٥٠/٧، ٥٦٩/٩.

(٤) المصدرين السابق ٧٥٠/٩، ابن ماجة ١٠٦٥/٢.

(٥) فتح البارى ٥٧٠/٩، الترمذى ٣١٠/٣، وقال حسن صحيح .

(٦) ابن ماجة ١٠٦٦/٢، سبل السلام ٣٥/١، فتح البارى ٥٣٤/٧، جـ ٩ صـ ٥٧٠.

وروى عن زاهر الأسلمى قال إنى لأوقد تحت القدور بلحوم الحمر إذ نادى مناد أن رسول الله ﷺ ينهاكم عن لحوم الحمر[1].

فالنهى فى هذه الرواية دليل على أن تحريمها لعينها وليس لسبب آخر كقلة الظهر لأنه أمرهم بإكفاء القدور بعد ما صار لحماً وذلك ليس فيه منفعة الظهر وليس لأنها تهبة لم تخمس كما قال البعض فإنه للقائمين على الغنيمة حق التناول منها قبل التخميس كالطعام وليس التحريم لأنها حوالى القرية لأن الدجاج آكل منها للعذرة ولم يحرم .

فإذا ثبت هذا علمنا أنها حرمت البتة ويؤيد هذا قوله ﷺ إنها رجس[2].

قال ابن عبد البر[3] روى عن النبى ﷺ تحريم الحمر الأهلية على وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وجابر والبراء وعبد الله بن أبى أوفى وأنس وزاهر الأسلمى بأسانيد صحاح وحسان وقال أحمد [4] خمسة عشر من أصحاب النبى ﷺ كرهوها والمراد كراهة تحريم .

من هذه الروايات التى بلغت مبلغ التواتر تبين لنا جليا حرمة أكل لحوم الحمر الإنسية يقول ابن حزم[5] بعد أن ساق العديد من الروايات فهذا نقل تواتر لا يسع أحد خلافه ويقول

---

(١) يراجع نيل الأوطار ١١٣/٨.
(٢) المبسوط ٢٣٢/١١.
(٣) المغنى ٥٨٧/٨، نيل الأوطار ١١٥/٨.
(٤) المغنى ٥٨٦/٨.
(٥) المحلى ٤٠٦/٧، ٤٠٧.

الشوكانى[1]: " ولحوم الحمر الأهلية حرام بالسنة المتواترة والقائل بحلها مخالف لما تواتر عن رسول الله ﷺ ".

ويقول الطحاوى [2] لولا تواتر الحديث عن رسول الله ﷺ بتحريم الحمر الأهلية لكان النظر يقتضى حلها لأن كل ما حرم من الأهلى أجمع على تحريمه إذا كان وحشياً كالخنزير والحمار الوحشى حلال باجماع فكان النظر يقتضى حل الحمار الأهلى .

المناقشة والترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة يتبين لنا واضحاً وجلياً أن الرأى الأولى بالاتباع هو قول الجمهور القائل بحرمة أكل الحمار الأهلى لما ساقوه من أدلة من السنة بلغت حد التواتر مما يجعلها صالحة لتخصيص عموم الآية التى استدل بها ابن عباس.

ولهذا يقول الشوكاني[3] إذا لم يصلح لتخصيص عموم الآية ما ثبت فى السنة تواتراً لم يصلح شئ من السنة للاستدلال به للقطع بأن المتواتر منها هو أرفع درجاتها وأعلى مراتبها وما استلزم الباطل المجمع على بطلانه باطل بالإجماع.

وأما أدلة الفريق الأول فيمكن مناقشتها على النحو التالى:

أ- إن الاستدلال بعموم الآية إنما يتم فى الأشياء التى لم يرد النص بتحريمها وأما الحمر الإنسية فقد تواترت النصوص

---

(١) السيل الجرار ٩٨/٤.

(٢) فتح البارى ٥٧٣/٩، شرح معانى الآثار ٤/

(٣) السيل الجرار ٩٨/٤.

على تحريمها والتنصيص على التحريم مقدم على عموم التحليل وعلى القياس[1].

ب- إن الآية :﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما ﴾ مكية وأحاديث التحريم متأخرة جداً فهى مقدمة عليها

جـ- إن نص الآية خبر عن الحكم الموجود عند نزولها فإنه حينئذ لم يكن نزل فى تحريم المأكول إلا ما ذكر فيها وليس فيها ما يمنع أن ينزل بعد ذلك غير ما فيها وقد نزل بعدها فى المدينة أحكام بتحريم أشياء غير ما ذكر فيها كالخمر وكتحريم ما أهل لغير الله به والمنخنقة ... الخ[2].

د- إن ابن عباس المروى عنه القول بالحل روى عنه أنه توقف فى النهى عن الحمر هل كان لمعنى خاص أو للتأبيد ؟ فقد روى عنه أنه قال لا أدرى أنهى عنه رسول الله ﷺ من أجل أنه كان حمولة الناس فكره أن تذهب حمولتهم أو حرمها البتة يوم خيبر؟ قال فى الفتح [3] وهذا التردد أصح من الخبر الذى جاء عنه بالجزم بالعلة المذكورة .

هـ- قولهم إن التحريم لكونها حمولة الناس مردود بأن الصحابة كانوا إلى الخيل أحوج منهم إلى الحمر ومع ذلك أباح لهم أكلها إذ كانت حلالا.

و- حديث غالب بن الحر لا يصلح للاستدلال لأن سنده ضعيف ومتنه شاذ مخالف للأحاديث الصحاح ثم لو صح لحمل على الأكل منها حال الاضطرار أو يحمل على معنى بعه وأنفق

---

(١) نيل الأوطار ٨/١١٤، فتح البارى ٩/٥٧٢.
(٢) فتح البارى ٩/٥٧٣، المبدع ٩/١٩٤.
(٣) فتح البارى ٩/٥٧٢.

من ثمنه كما يقال أكل فلان عقاره أى من ثمنه ، ثم إنها واقعة عين لا عموم لها فلا حجة فيها [١] وهذا التردد أصح من الخبر الذى جاء عنه بالجزم بالعلة المذكورة .

ز- أما حديث أم نصر المحاربية فلا يصح الاستدلال به أيضاً لأن فى سنده مقال ثم لو صح لحمل على أن ذلك كان قبل التحريم [٢].

جـ- أما ما روى عن عائشة أنها استدلت على الحل بالآية فيحتمل أنه لم يبلغها التحريم ولو بلغها لقالت به .

لا - أما استدلالهم بالقياس فمردود لأنه قياس فى مقابلة النص فكان باطلاً إذ لا قياس مع النص ، ولأنه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا تكون دليلاً على الحل.

مما سبق يترجح لنا قول الجمهور بحرمة أكل لحم الحمار الأهلى لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارضة وضعف ما تمسك به المبيحون .

ألبان الحمر الأهلية :

بناء على قول الجمهور بحرمة أكل لحم الحمر الأهلية فإنه يحرم شرب ألبانها ولا يحل شئ منها إذ هى كلها محرمة ورخص فيها عطاء وطاووس والزهرى والأول أصح لأن حكم الألبان حكم اللحم[٣] كما يحرم التداوى بألبانها لأن الله لم يجعل شفاءنا فيما حرم علينا [٤].

.. والله تعالى أعلم ،،،،

---

(١) فتح البارى ٥٧٣/٩، نصب الراية ١٩٨/٤، المجموع ٨/٩، المبسوط ٢٣٢/١١.

(٢) فتح البارى ٥٧٣/٩، نيل الأوطار ١١٥/٨.

(٣) المحلى ٤٠٤/٧، المغنى ٥٨٧/٨، شرح الكنز للعينى ٢٠٦/٢، الحاوى ١٤٣/١٥.

(٤) المغنى ٦٠٥/٨.

المبحث الثالث

بهيمة الأنعام[1]

غلب استعمال الفقهاء للفظ النعم أو الأنعام على الإبل والبقر والغنم - سواء كانت مجتمعة أو منفردة ثم إنهم عندما يتحدثون عن الغنم فهى شاملة للضأن والماعز وعندما يتحدثون عن البقر فإنهم يعنون به البقر والجاموس أيضاً إذ لا فرق بين النوعين فى كثير من الأحكام وبهيمة الأنعام سواء كانت من ذوات الخف أو من ذوات الظلف حلال كلها بلا خلاف بين أهل العلم[2] وسواء فى ذلك الأهلى منها والوحشى الكل حلال بالاتفاق .

الأدلة :

أولاً: أدلة حل الأهلى من الأنعام . هى القرآن والإجماع.

---

[1] البهيمة واحدة البهائم - وهى كل ذات أربع قوائم وكل حى لا يميز لعدم وجود عقل له وعدم قدرتها على النطق يقال استبهم الأمر استغلق : التفسير الكبير ٥٤٦/٥، مختار الصحاح ٦٨، سبل السلام ٢٨/١، النظم المستعذب ٢٤٦/١، والنعم واحدة الأنعام وهى المال الراعية- وهي جمع لا واحد له من لفظه وأكثر ما يقع على الإبل ويجمع نعم على نغمان أيضاً مثل حمل وحملان - وقيل النعم الإبل خاصة والأنعام ذوات الخف والظلف وهى الإبل والبقر والغنم - وقيل الأنعام تطلق على هذه الثلاثة مجتمعة فإن أفردت الإبل فهى نعم - وإن انفردت البقر والغنم لم تسم نعما - وسميت الأنعام بذلك للين مشيتها، المصباح ٨٤٣/٢، المعجم الوسيط ٩٧٣/٢، الجامع لأحكام القرآن ١٣٣/٣..

[2] المبسوط ٢٢٠/١١، البدائع ٣٧/٥، الشرح الكبير مع الدسوقى ١١٥/٢، المجموع ٣/٩، المهذب ٢٤٦/١، المبدع ١٩٩/٩، المغنى ٥٩٠/٨، البحر الزخار ٣٣٤/٥.

أ- أدلة القرآن : كثيرة نذكر منها :

١- قوله تعالى :﴿ أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاماً فهم لها مالكون وذللناها لهم فمنها ركوبهم ومنها يأكلون ﴾ (١).

٢- قوله تعالى :﴿ ومن الأنعام حمولة وفرشاً كلوا مما رزقكم الله ﴾ (٢) وفي الحمولة والفرش وجهان :-

الأول: الحمولة ما تحمل الأثقال والفرش ما يفرش للذبح أو ينسج من وبره وصوفه وشعره للفرش.

الثاني : الحمولة الكبار التي تصلح للحمل والفرش الصغار كالفصلان والعجاجيل لأنها دانية من الأرض بسبب صغر جرمها (٣).

وقد امتن الله على عباده أن خلق لهم من الأنعام الحمولة والفرش وجعله لهم رزقاً وأباح لهم الأكل منه.

٣-﴿الله الذي جعل لكم الأنعام لتركبوا منها ومنها تأكلون﴾(٤).

فقد بينت الآية أن الله جعل لنا الأنعام لننتفع منها بالركوب والحمل وغير ذلك من المنافع ولو لم تكن حلالاً ما امتن الله بها.

---

(١) سورة يس ٧١، ٧٢.

(٢) الأنعام ١٤٢.

(٣) التفسير الكبير ٦/٦٠٦.

(٤) غافر ٧٩.

٤- ﴿ أحلت لكم بهيمة الأنعام ﴾ [١].

هذه الآية وإن كانت محتملة لأن يكون المراد احلال الانتفاع بجلدها أو عظمها أو صوفها أو لحمها أو إحلال الانتفاع بالأكل إلا أنه إذا أضيفت إلى قوله تعالى: **﴿والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون﴾**[٢]. تبين أن المراد بقوله تعالى: **﴿ أحلت لكم بهيمة الأنعام ﴾** هو إباحة الانتفاع بها من كل هذه الوجوه[٣].

٥- **﴿ ويذكرون اسم الله فى أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ﴾** [٤]. دلت الآية على إباحة الأكل من بهيمة الأنعام التى ذكر عليها اسم الله عند ذبحها.

والآيات فى إباحة وإحلال الأكل من بهيمة الأنعام كثيرة .

الإجماع :

أجمعت الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم على حل الأكل من هذه الحيوانات ولم يخالف فى ذلك أحد. كما أن الناس لا يزالون يأكلون لحومها ويبيعونها فى الجاهلية والإسلام[٥].

---

(١) بعض اية رقم ١ من سورة المائدة .
(٢) النحل آية ٥ .
(٣) التفسير الكبير ٥٤٨/٥.
(٤) الحج آية ٢٨.
(٥) المصادر السابقة .

ثانيا : أدلة حل الوحشى من بهيمة الأنعام :-

استدل الفقهاء على حل الوحشى من الأنعام بالقرآن والسنة :

فمن القرآن :

أ- دخول الوحشى فى عموم الأدلة السابقة والدالة على حل بهيمة الأنهام حيث لم تفرق بين ما هو أهلى منها وما هو وحشى.

ب- كما استدلوا على حل الوحشى من الأنعام بما يلى :

١- ﴿ **يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات** ﴾ [(١)].

٢- قوله تعالى :﴿ **ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث** ﴾.

٣- قوله تعالى :﴿ **كلوا من طيبات ما رزقناكم** ﴾ [(٢)].

وجه الاستدلال من كل هذه النصوص هو أن لحوم هذه الحيوانات من الطيبات فكانت داخلة فى عموم الآيات فتكون مما أحله الله تعالى .

ومن السنة :

استدلوا بما روى أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ ومعه حمار وحشى عقره فقال هذه رميتى يا رسول الله وهى لك فقبله النبى ﷺ وأمر أبا بكر فقسمه فى الرفقة.

فهذا الحديث وإن كان وارداً فى حمار الوحش لكن إحلال الحمار الوحشى احلال للظبى ولبقر الوحش ولإبل الوحش من طريق الأولى لأن الحمار الوحشى ليس من

---

(١) بعض اية ٤ من سورة المائدة .

(٢) بعض آية ١٧٢ من سورة البقرة .

جنسه من الأهلى ما هو حلال بل هو حرام وهذه الأشياء من جنسها من الأهلى ما هو حلال فكانت حلال من باب الأولى [١].

وبناء على ماسبق فإن ما كان من جنس بهيمة الأنعام وهو وحشى فهو حلال كله إذ لا فرق فبقر الوحش بجميع أنواعه من الإيل والتيتل والوعل والمها وغيرها من الصيود كلها مباحة وتفدى فى الإحرام. والجاموس الوحشى كله حلال إذ لا فرق.

كما إن إبل الوحش كلها حلال وسواء ما كان منها عراباً أو بختاً الكل حلال إذ لا فرق والظبا كلها حلال وإن استؤنست وهذا كله مجمع عليه ليس فيه خلاف [٢].

بعد أن فرغنا من الحديث عن بهيمة الأنعام – المستأنس منها والوحشى أردنا أن نتبعها بالحديث عن الزرافة والأرنب وغيرها من ذوات الأربع وإن لم تكن من بهيمة الأنعام إتماماً للفائدة ولمعرفة الحكم الشرعى فيها من حيث الحل والحرمة.

١- الزرافة :[٣]

للفقهار فى الزرافة قولان :

الأول: ذهب إليه الشافعية فى الأصح ورواية ابى الخطاب عن أحمد[٤]. إن الزرافة محرمة .

---

(١) بدائع الصنائع ٣٩/٥.

(٢) المصدر السابق ، الشرح الكبير ١١٥/٢، الام ٢٤٤/٢، شرح المنتهى ٣٩٨/٣.

(٣) الزرافة حيوان عشبى ثديى من رتبة الحافريات عنقها طويل ورجلاها أقصر من يديها، ويحمل الرأس قرنين قصيرين ويغطيهما الجلد – فى الذكر والإنثى – وجسمها مبقع ببقع كبيرة محمرة-أو-مصفرة أو دكناء تجتر وتبعر . حياة الحيوان ٦٦٠، المعجم الوسيط ٤٠٦/١.

(٤) المجموع ٢٧/٩، قليوبى ٢٥٨/٤، المغنى ٥٩١/٨، المبدع ٢٠٠/٩، شرح المنتهى ٣٩٨/٣.

ووجهه أنها متولدة بين مأكول وغير مأكول فيغلب فيها جانب الحرمة .

الثانى وهو قول للشافعية والحنابلة فى المذهب [1] أن الزرافة حلال.

واستدلوا : بعموم قوله تعالى :﴿ **قل لا اجد فيما أوحى إلى محرماً** ﴾ وقوله ﴿ **وقد فصل لكم ما حرم عليكم ولم يفصل تحريم الزرافة فكانت حلالا** ﴾ .

ولأنها دابة تشبه البعير إلا أن عنقها أطول من عنقه وجسمها ألطف من جسمه وأعلى منه وذلك لا أثر له فى تحريمها.

والقول بالحل هو ما أميل إليه حيث لم يرد فى الزرافة نص بالتحريم فكانت باقية على أصل الحل داخلة فى عموم الأدلة المبيحة .

ثانياً : حكم الأرنب [2].

يرى عامة العلماء من الصحابة والتابعين والفقهاء حل أكل الأرنب سواء البرى منه والداجن ولم يحك تحريمها او القول بكرهتها إلا عن عمرو بن العاص [3] وعبد الله بن عمر

---

(١) ولأحمد رواية ثالثة بالتوقف فى حكم الزرافة – يراجع المصادر السابقة .

(٢) هو حيوان ثديى منه البرى والداجن كثير التوالد سريع الجرى يداه أقصر من رجليه جمعه أرانب والأرنب اسم جنس للذكر والأنثى ويقال للذكر أيضا الخزز وللأنثى عكرشة والصغير خرنق يطأ الأرض على مؤخر قوائمة ، ينام مفتح العين، المعجم لوسيط ١٨٨/١، فتح البارى ٥٧٨/٩، حياة الحيوان ٥٠/٤.

(٣) يروى عن عمرو بن العاص القول بالتحريم – المغنى ٥٩١/٨.

من الصحابة وعكرمة من التابعين وابن أبى ليلى من الفقهاء [1] وهو قول الزيدية [2] والهادوية [3].

وقد احتج من قال بالكراهة أو التحريم بما يلى :-

أ- روى عن خزيمة بنت جزء قالت قلت يا رسول الله ما تقول فى الأرنب قال لا آكله ولا أحرمه قلت ولم يا رسول الله قال نبئت أنها تدمى [4].

فامتناع النبى ﷺ عن أكلها دليل على تحريمها أو كراهيتها وهو المدعى .

ب- روى عن جرير بن أنس أنه سأل النبى ﷺ عن الأرنب فقال لا آكلها أنبئت أنها تحيض [5].

فقد دل الحديث على ما دل عليه الحديث السابق وهو حرمة أو كراهة الأرنب بدليل امتناع النبى ﷺ عن الأكل.

ويستدل لما ذهب إليه عامة العلماء [6] على حل الأرنب بغير كراهة بما يلى :

---

(١) يروى عنهم القول بالكراهة – فتح البارى ٥٧٩/٩، المحلى ٤٣٣/٧، نيل الأوطار ١٢٢/٨، سبل السلام ٧٦/٤.

(٢) يقولون بالكراهة أيضاً . السيل الجرار على حدائق الأزهار ١٠١/٤، ١٠٢.

(٣) سبل السلام ٧٦/٤.

(٤) قال فى الفتح ٥٧٩/٩، سنده ضعيف ، ابن ماجة ١٠٨١/٢.

(٥) المحلى لابن حزم ٤٣٣/٧.

(٦) المبسوط ٢٣٠/١١، الهداية وفتح القدير ٥٠٢/٩، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ١١٥/٢، الحاوى الكبير ١٣٩/١٥، المهذب ٢٤٧/١ن شرح المحلى مع قليوبى ٢٥٨/٤، المغنى ٥٩١/٨، ٥٩٢، المبدع ٢٠٠/٩، المحلى لابن حزم ٤٣٣/٧، السيل الجرار ١٠١/٤، وما يليها .

أ- قوله تعالى :﴿ **ويحل لهم الطيبات** ﴾ والأرنب حيوان مستطاب ليس بذى ناب اشبه الظبى فكان داخلا فى عموم الآية ولقوله تعالى : ﴿ **وقد فصل لكم ما حرم عليكم** ﴾ والأرنب ليس مما حرم علينا فكان حلالا.

ب- وبما روى عن أنس قال أنفجنا - أى آثرنا - أرنبا ونحن بمر الظهران فسعى القوم فلغبوا ودركتها فأخذتها فجئت بها إلى أبى طلحة فذبحها فبعث بوركها أو قال بفخذيها إلى النبى ﷺ فقبلها [(١)].

جـ- روى عن عائشة قالت أهدى إلى رسول الله ﷺ أرنب وأنا نائمة فخبأ لى منها العجز فلما قمت أطعمنى [(٢)].

د- روى عن محمد بن صفوان أنه صاد أرنبين فذبحهما بمروتين فأتى رسول الله ﷺ فأمر بأكلهما [(٣)].

هـ- روى عن أبى هريرة قال جاء أعرابى إلى رسول الله ﷺ بأرنب قد شواها ومعها صناياها وأدمها فوضعها بين يديه فأمسك رسول الله ﷺ فلم يأكل وأمر أصحابه أن يأكلوا [(٤)].

---

(١) حديث حسن صحيح - الترمذى ٣٠٧/٣، ٣٠٨، السنن لأبى داود رقم ٣٧٩١، السنن للنسائى رقم ٤٣٢٣، ابن ماجة ١٠٨٠/١، التلخيص للذهبى مع المستدرك ١١٢/٤.

(٢) ضعيف بيزيد بن عياض - فتح البارى ٥٧٩/٩، نصب الراية ٢٠١/٤، سنن الدارقطنى .

(٣) سنن الترمذى ١٤٨/٣، النسائى برقم ٤٣٢٤، المستدر للحاكم ٢٣٥/٤, صححه ، ابن ماجه ١٠٨٠/٢.

(٤) نيل الأوطار ١٢١٨، فتح البارى ٥٧٩/٩، نصب الراية ١٩٩/٤.

فقد دلت كل هذه الروايات وأكثرها صحيح على حل أكل الأرنب حيث إن فى بعضها التصريح بأكل النبى ﷺ منها ولو كانت حراماً ما أكل وفى بعضها أنه أمر أصحابه بالأكل ولو كان حراماً ما أباح لهم ذلك . كما استدلوا لحل أكل الأرنب من المعقول بأنه ليس من السباع ولا من آكلات الجيف أشبه الظبى فكان حلالا.

والذى أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه عامة العلماء من القول بحل أكل الأرنب لقوة أدلتهم وضعف ما تمسك به القائلون بالكراهة أو التحريم .

وبيان ضعف ما تمسكوا به على النحو التالى :-

أ- حديث خزيمة بنت جزء لا يصلح للاحتجاج قال ابن حجر[1] سنده ضعيف .

ثم لو سلم صحته لم يكن فيه دليل على الكراهة لأن إمساك النبى ﷺ يمكن أن يكون راجعاً لسبب من الأسباب كعدم الإلف لأكلها أو عدم انبعاث الشهية للأكل.

ب- أما حديث جرير فلا يصلح للاحتجاج أيضاً قال ابن حزم[2]. حديث جرير من طريق عبد الكريم أبو أمية وهو هالك.

ثم لو صح لم يكن فيه دليل على الكراهة فضلا عن التحريم لأن النبىﷺ قد يكرهها خلقة لا لإثم فيها، أو أن عدم أكله ﷺ راجع لأن نفسه عافته، فلم يكن فى امتناعه ﷺ دليل على ما قالوه . ... والله تعالى أعلم ،،،

---

(١) فتح البارى ٥٧٩/٩.

(٢) المحلى ٤٣٣/٧.

الوبـــر : [1].

اختلف الفقهاء فى حل الوبر وحرمته على قولين:

القـول الأول : وهـو للشـافعية فـى وجـه [2] وروايـة القاضى من الحنابلـة [3] وقد حكاه صاحب المغنى عن أبى حنيفة ومحمد[4].

أن الوبر حرام ويستدلون لذلك بقياسه على السنور، وبأنه من المستخبثات وقد قال الله تعالى :﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾.

القول الثانى : وبه قال الجمهور من العلماء - المالكية[5]، والشافعية فى أصح الوجهين [6] والحنابلة فى المذهب [7] وبه قال أبو يوسف من الحنفية[8] وابن حزم [9] وعطاء وطاووس ومجاهد وغيرهم[10].

أن الوبر حلال بغير كراهة وبه قال الزيدية [11].

---

(١) الوبر دويبة على قدر السنور مثل الجرذ إلا أنه أنبل منها وأكبر طحلاء اللون وهى كحلاء نجلاء من جنس بنات عرس ليس لها ذنب - شرح الكنز ٢٠٣/٢، الشرح الكبير ١١٥/٢، النظم المستعذب ٢٤٧/١.

(٢) المجموع ١١/٩، ١٢، المهذب ٢٤٧/١.

(٣) المغنى ٥٩٢/٨، المبدع ١٩٨/٩، ١٩٩.

(٤) وقد خالف صاحب الكنز ٢٠٣/٢، ابن قدامة فى هذا النقل حيث قال - ولم يرو فيه شئ عن أبى حنيفة .

(٥) الشرح الكبير ١١٥/٢.

(٦) المجموع ١١/٩، ١٢، الام ٢٤١/٢.

(٧) المبدع ١٩٨، ١٩٩، المغنى ٥٩٢/٨.

(٨) شرح الكنز ٢٠٣/٢.

(٩) المحلى ٤١٠/٧.

(١٠) المغنى ٥٩٢/٨.

(١١) البحر الزخار ٣٣١/٥.

وأدلتهم على ذلك ما يلى :

أ- قوله تعالى :﴿ **وقد فصل لكم ما حرم عليكم** ﴾ .

ب- قوله تعالى :﴿ **ويحل لهم الطيبات** ﴾ والوبر من الطيبات ولا يزال الناس يصيدونه ولو كان مستخبثاً ما صادوه فإذا ثبت أنه من الطيبات كان حلالا وهو المطلوب.

جـ- أن الأصل الإباحة وعموم النصوص يقتضيها ولم يرد فى الوبر تحريم فيجب إباحته.

د- أنه يفدى فى الحرم والإحرام وما يفدى إذا صيد فى الحرم والإحرام فهو حلال لأن المحرم لا يفدى إذا قتل أو صيد فى الحرم.

هـ- أنه يشبه الأرنب فى أنه يعتلف البقول والنبت والأرنب حلال فيقاس عليه.

و- أنه ليس من ذوات الأنياب التى تفرس فلا يقاس عليها.

والذى أميل إليه هو قول الجمهور القائل بحل الوبر لقوة أدلتهم ولم يرد نص بالتحريم فيبقى على أصل الحل ويكون داخلاً فى عموم قوله تعالى :﴿ **كلوا مما فى الأرض حلالا طيباً** ﴾.

... والله تعالى أعلم ،،،

المبحث الرابع

أكل ذى الناب من السباع[1].

ذوات الناب أنواع كثيرة منها ما يعدوا بنابه ويفترس به الإنسان والحيوان، ومنها مالا يعدوا على الناس ولا يفترس ومنها ما قل جسمه كالهر واليربوع، ومنها ما ضخم جسمه كالفيل والدب والأسد، وقد اختلفت آراء العلماء فى أكل لحوم السباع عامة ما بين مبيح ومحرم ومكرة.

ثم بعد ذلك اختلفوا فى بعض الحيوانات هل هى داخلة فى جملة السباع أو هى خارجة عنها حسب اختلافهم فى العلة التى من أجلها نهى عن أكل لحوم هذه الحيوانات.

وذلك يقتضينا أن نتحدث أولاً عن آراء العلماء فى لحوم السباع ثم ثانياً فى خلاف الفقهاء فى العلة التى نهى عن السباع من أجلها ثم ثالثاً نذكر اراءهم فى بعض الحيوانات على سبيل التفصيل .

فنقول وبالله التوفيق:

---

(١) الناب هو السن الذى خلف الرباعية، وجمعه أنياب، قال ابن سينا لا يجتمع فى حيوان واحد ناب وقرن معاً. نيل الأوطار ١١٦/٨، شرح الزرقانى على الموطأ ٩٠/٤.

أما السبع بضم الباء واسكانها فهو واحد السباع وجمعه أسبع وسباع وهو الحيوان المفترس قيل سمى سبعاً لأنه يمكث فى بطن أمه سبعة أشهر ولا تلد الأنثى أكثر من سبعة أولاد، ولا ينزو الذكر على الأنثى إلا بعد سبع سنين من عمره.

حياة الحيوان ٦٧٢، مختار الصحاح ٢٨٣.

أولاً: آراء العلماء فى أكل لحوم السباع:

اختلفت آراء العلماء فى أكل لحوم السباع على ثلاثة أقوال:

القول الأول : وهو مروى عن ابن عباس وعائشة وابن عمر وبه قال الشعبى وسعيد بن جبير[1] أن لحوم السباع حلال.

واستدلوا لقولهم هذا بعموم قوله تعالى :﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير**﴾.

فقد دلت الآية على أن المحرم هو ما ذكر فيها فيبقى ما عداه على أصل الحل ومن جملة ذلك السباع.

كما استدلوا بقوله تعالى ﴿ **إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله** ﴾.

فقد حصرت الآية المحرمات فى هذه الأربعة بأنما التى تفيد الحصر فكان ما عداها غير محرم ومن جملة ذلك السباع.

القول الثانى : وذهب إليه المالكية فى المشهور[2].

إن لحوم السباع كلها على الكراهة[3].

أدلتهم : استدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

---

(١) نيل الأوطار ١١٦/٨، فتح البارى ٥٧٤/٩، سبل السلام ٧٢/٤، المغنى ٥٨٧/٨.

(٢) المنتقى ١٣٠/٣، ١٣١، الدسوقى والشرح الكبير ١١٧/٢، بداية المجتهد ٥٦٨/١.

(٣) ولأصحاب مالك المدنيين قول ثالث بالتفريق بين ما يعدوا كالأسد والنمر فيحرم وبين مالا يعدوا كالضبع والهر والثعلب فيكره - شرح الزرقانى على الموطأ ٩١/٣.

١- قوله تعالى :﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً ... الآيـة﴾ ولحوم السباع ليست مما تضمنته الآية فوجب أن لا يكون محرما لكن نفى الحرمة لا يقتضى الحل عيناً بل يحتمل الكراهة أيضا فأحتيط لذلك.

٢- روى أن رسول الله ﷺ نهى عن كل ذى ناب من السباع[١].

ان النهى فى الحديث محمول على الكراهة جمعاً بينه وبين الآية منعاً للتعارض ولأن الحديث لا دليل فيه على التحريم لاحتمال أن أكل مصدر مضاف إلى الفاعل فيكون كقوله تعالى:﴿ وما أكل السبع ﴾ فيكون المراد النهى عن أكل ما تبقى مما أكله السبع من الحيوان.

القول الثالث: وبه قال الجمهور من أهل العلم[٢].

أن لحوم السباع ذوات الأنياب حرام[٣].

أدلتهم : واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلى :

أ- روى عن أبى ثعلبة الخشنى أن رسول الله ﷺ قال كل ذى ناب من السباع فأكله حرام[٤].

---

(١) شرح الزرقانى على الموطأ ٩٠/٣، ٩١، صحيح البخارى مع الفتح ٥٧٣/٩، الترمذى ١٥٢/٣، وقال حسن صحيح.

(٢) الهداية مع الفتح ٤٩٩/٩، المبسوط ٢٢٠/١١،المجموع ٩/٩، ١٧، شرح المحلى على المنهاج ٢٥٩/٤، الحاوى ٩٣٦/١٥، المبدع ١٩٤/٩، ١٩٥، المغنى ٥٨٧/٨، ٥٨٨، المحلى ٣٩٩/٧، وما بعدها ، السيل الجرار ٩٤/٤، سبل السلام ٧٢/٤، فتح البارى ٥٧٤/٩، نيل الأوطار ١١٦/٨، البحر الزخار ٣٢٩/٥.

(٣) وهى رواية ابن وهب وابن عبد الحكم عن مالك نصاً وهى ظاهر مذهب الموطأ - ورجحها ابن عبد البر . الزرقانى على الموطأ ٩١/٣، بداية المجتهد ٤٦٨/١.

(٤) الموطأ مع شرح الزرقانى ٩٠/٣، الطبرانى الكبير ٥٤٩/٢٢، ٥٦٦، المسند لأحمد ١٧٥٠٠ان البيهقى ٣١٥/٩.

ب-عن ابن عباس قال : نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير(١).

جـ-عن جابر قال : حرم رسول الله ﷺ يعنى يوم خيبر الحمر الإنسية ولحوم البغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير(٢).

د- روى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال:" أكل كل ذى ناب من السباع حرام"(٣).

دلت هذه الروايات على حرمة أكل ماله ناب من السباع- إذ ورد بعضها بصيغة النهى وهو يفيد التحريم ما لم يصرفه صارف وفى بعضها نص على تحريم الأكل بما لا يدع مجالا للشك ولا يسمح بالتأويل.

ثم إن هذه الروايات وإن كان فى بعضها مقال إلا أن منها ما هو صحيح ثابت مجمع على صحته فيصلح لتخصيص عموم الآيات التى يتمسك لها المبيحون أو القائلون بالكراهة.

هـ- أن هذه الحيوانات مستخبثة إذ من طبعها الانتهاب فلابد من ظهور أثر ذلك فى خلق أكلها وإذا ثبت أنها مستخبثة كانت حراماً بنص قوله تعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾.

و- أن هذه السباع تأكل الجيف ولا تستطيبها العرب فكانت محرمة لذلك.

---

(١) نصب الراية ١٩٢/٤ان ابن حبان فى صحيحه رقم ٥٢٧٨، الترمذى ١٥٢/٣.
(٢) حسن غيرب الترمذى ١٥٢/٣، صحيح مسلم ١٩٤١.
(٣) الموطأ مع شرح الزرقانى ٩١/٣، نصب الراية ١٩٣/٤، صحيح مسلم ١٤٧/٢.

المناقشة والترجيح:

رد الجمهور[1] استدلال القولين الأول والثانى بالآية بما يلى:

أ- أن آية الأنعام مكية وحديث أبى هريرة بعد الهجرة - فهو ناسخ لها عند من يرى جواز نسخ القرآن بالسنة.

ب-أن الآية خاصة بالثمانية الأزواج من الأنعام حيث خرجت مخرج الرد على من حرم بعضها كما ذكر الله قبلها من قوله تعالى ﴿ **وقالوا ما فى بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا ..** ﴾ الآية فقيل فى الرد عليهم ﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً ..** ﴾ الآية .

أى أن الذى أحللتموه هو المحرم والذى حرمتموه هو الحلال وأن ذلك افتراء على الله.

وعلى هذا تكون الآية واردة فى الكفار الذين يحلون الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ويحرمون كثيراً مما أباحه الشرع فكأنه قيل ما حرم إلا ما أحللتموه مبالغة فى الرد عليهم[2].

جـ- وإن سلم أن الآية ليست فى الرد على الكفار وأنها خطاب مع المؤمنين فهى محمولة على أنه لم يكن محرماً فى ذلك الوقت إلا ما ذكر فيها ثم حرم الله بعد ذلك غير ما ذكر فيها

---

(١) فتح البارى ٥٧٤/٩، سبل السلام ٧٢/٤، الزرقانى على الموطأ ٩١/٣.

(٢) يمكن أن يجاب عن هذا بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب نيل الأوطار ١١٧/٨.

فليس فى الآية نفى تحريم ما سيأتى كتحريم كل ذى ناب من السباع وغيره مما ورد النهى عنه بعدها.

أما ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من أن النهى فى الحديث محمول على الكراهة لأنه نهى تنزيه.

فقد أجاب الجمهور عنه بما يلى :

أ- أن حمل النهى على التنزيه ضعيف لا يعضده دليل؛ لأن النهى للتحريم مالم يصرفه عنه صارف وهنا لم يأت ما يصرفه عن التحريم .

ب- ثم إن النهى يعرف المراد به عند النظر فيما ورد فيه فإن ورد على ما فى ملكك فهو نهى إرشاد كالنهى عن الأكل بالشمال وإن ورد على ما ليس فى ملكك فهو نهى تحريم كالنهى عن قليل ما أسكر كثيره واستباحة الحيوان من هذا القسم فكان النهى عن أكل كل ذى ناب على التحريم وليس على التنزيه أو الإرشاد فحمله على الكراهة ضعيف لا يعضده دليل.

الترجيح :

مما سبق من عرض الآراء وأدلتها ومناقشة ما أمكن مناقشته منها يتبين لنا أن سبب الخلاف فى تحريم لحوم السباع من ذوات الأربع هو معارضة الكتاب للآثار فظاهر قوله تعالى ﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه** ﴾ .. الآية يقتضى أن ما عدا المذكور فيها حلال وظاهر أحاديث النهى عن لحوم السباع يقتضى أنها محرمة فمن حمل أحاديث

النهى على الكراهة جمع بين الآية وبين حديث نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع بأن النهى المذكور للكراهة.

لكن يمنع من هذا الجمع ما ورد فى حديث أبى هريرة أكل كل ذى ناب من السباع حرام حيث لا يمكن حمله على الكراهة[1] فالراجح الذى أميل إليه هو ما ذهب إليه الجمهور من أن لحوم السباع حرام لأن أحاديث النهى قد تضمنت زيادة على ما فى الآية فوجب العمل بها.

إذ كثير من الأحكام قد ثبتت بالسنة زيادة على ما ورد به القرآن وهذا منها.

ثانياً: الخلاف فى علة التحريم :

بعد أن رجحنا ما ذهب إليه الجمهور من القول بحرمة لحوم السباع بقى أن نبين خلافهم فى علة التحريم هل هى مجرد الناب أم هى الافتراس والتعدى فنقول وبالله التوفيق:

اختلف الفقهاء فى ذلك على عدة أقوال وبيانها كالتالى :

القول الأول : وذهب إليه الظاهرية [2]

كل ذى ناب من السباع فأكله حرام كان مما يعدوا على الناس ويفترس أولا كان مما يعيش بأنيابه ويعتمد عليها أولاً لحديث أكل ذى ناب من السباع حرام.

ولم يستثنوا من ذلك إلا الضبع حيث وردت النصوص بحلها.

---

(١) بداية المجتهد ٤٦٨/١.

(٢) المحلى ٤٠٠/٧، وما بعدها.

ولعل السبب فى مسلك الظاهرية هذا أنهم لا يقولون بالقياس فلا يبحثون عن علل الأحكام فما دل ظاهر النص على حرمته فهو حرام وما دل ظاهر النص على حله فهو حلال.

القول الثانى الحنفية [1].

وذهبوا إلى أن السبع هو كل مختطف أو منتهب[2] جارح قاتل عادٍ عادة

فالمراد بذى الناب هو ما يقصد بنابه ويدفع به وإن لم يبتد بالعدوى أو عاش بغير أنيابه، وعلى هذا فالأسد والذئب والضبع والنمر والفهد والثعلب والنسور والكلب والدب والقرد والفيل واليربوع وغيرها من ذوات الناب من السباع داخلة فى عموم النهى.

القول الثالث: وذهب إليه الشافعية[3] والحنابلة[4] وبه قال الليث وأصحاب مالك المدنيين[5].

أن السبع هو ماله ناب يعدو به ويصول على غيره ويصطاد ويعدو بطبعه غالباً لأنه لو كان المراد تحريم السباع كلها لقال أكل السباع حرام فذكر الناب فى الحديث قرينة على أن المراد به ناب يعدو به ويفترس وإلا لما كان لذكر الناب فائدة إذ جميع السباع ذات أنياب وعلى

---

(١) المبسوط ٢٢٥/١١، فتح القدير ٢٠٠/٩.

(٢) المختلف هو السبع من الطير والمنتهب هو السبع من البهائم ، المصادر السابقة .

(٣) المذهب ٢٤٨/١،الحاورى الكبير ١٣٧/١٥.

(٤) المغنى ٥٨٧/٨.

(٥) شرح الزرقانى على الموطأ ٩٠/٣.

هذا فالذى يحرم من السباع هو العادى كالأسد والفهد والنمر أما غير العادى كالضبع والثعلب فلا يحرم.

القول الرابع : وهو للمروزى(١).

أن السبع هو ما كان عيشه بأنيابه.

فلا يحرم عنده إلا الأسد والفهد والنمر لأنها التى تعيش بأنيابها.

مما سبق يتضح لنا أن أعم العلل علة أبى حنيفة وأوسطها علة أصحاب القول الثالث وأخصها علة المرووى.

ثالثاً آراء الفقهاء فى بعض السباع تفصيلاً

ذكرنا خلاف الفقهاء فى حكم السباع عامة وما اعتبر علة التحريم عند من حرمها.

وهاك ذكر بعض السباع وآراء الفقهاء فيها على جهة التفصيل:

أولاً: الأسد والفهد والنمر والذئب :

لا خلاف بين العلماء القائلين بتحريم كل ذى ناب من السباع فى تحريم هذه الحيوانات لأنها قد اجتمع فيها العلل الثلاث(٢).

فهى تعدو بأنيابها وتصول على غيرها من الحيوان والإنسان وتعيش بفريسة أنيابها ولأنها داخلة فى عموم النهى عن كل ذى ناب من السباع.

---

(١) الحاوى الكبير ١٣٧/١٥.

(٢) البدائع ٣٩/٥، شرح المحلى على المنهاج ٢٥٩/٤، المجموع ٢/٩، ٣ المغنى ٥٨٨/٨، المحلى ٤٠٠/٧، البحر الزخار ٣٢٩/٥.

ومما يلحق بهذه الحيوانات فى الحرمة الكلب غير أن المالكية لهم رواية بكراهة السباع عامة بما فيها الذئب والكلب والراجح عندهم فى الكلب التحريم[1] أما أدلة الجمهور على التحريم فهى عموم أدلة النهى عن أكل كل ذى ناب وقد سبق بيانها تفصيلاً.

وفى تحريم الكلب نفس أدلة النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع إذ هو سبع ذو ناب فكان داخلاً فيها وهناك أدلة أخرى فى تحريم الكلب نوردها فيما يلى :-

أ- روى عن النبى ﷺ قال :" خمس يقتلن فى الحل والحرم" وذكر منها الكلب العقور[2].

فالأمر بقتله دليل على حرمته؛ لأن النبى ﷺ قد نهى عن إضاعة المال فلو جاز أكلها ما حل قتلها كما لا يحل قتل ما يؤكل كالأنعام .

ب- روى عن عثمان بن عفان قال اقتلوا الكلاب واذبحوا الحمام فقد فرق بينها فأمر بقتل ما لا يؤكل وذبح ما يؤكل[3].

جـ- روى عن النبى ﷺ قال ثمن الكلب خبيث[4] فإذا ثبت أنه خبيث كان حراماً بقوله تعالى : ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث**﴾.

د- روى عن الشعبى أنه سئل عن رجل يداوى بلحم كلب فقال لا شفاه الله وهذا يدل على أنه يرى حرمته[5].

---

(١) حاشية الدسوقى والشرح الكبير ١١٧/٢.
(٢) قال الترمذى حسن صحيح ، ٢٣١/٢ ، ابن ماجة ١٠٣١/٢.
(٣) المحلى ٤٠٠/٧
(٤) الحديث قال عنه الترمذى ٣٨/٣، ٣٩، حسن صحيح ، مسلم رقم ٤٠.
(٥) المغنى ٥٨٨/٨.

الضبع : [1].

وهو من السباع ذات الناب اختلف الفقهاء فى حكمه على النحو التالى :

أولاً: الحنفية[2] ورواية عن مالك[3] وبه قال الثورى وسعيد بن المسيب[4] والهادوية[5] والزيدية[6] أن الضبع حرام لا يؤكل .

أدلتهم : استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة نذكر منها:

أ- روى عن خزيمة بن جزء قال : سألت رسول الله ﷺ عن أكل الضبع فقال أو يأكل الضبع أحد فيه خير وفى رواية ومن يأكل الضبع[7].

---

(١) الضبع اسم يقع على المذكر والمؤنث فإذا أفردت المذكر قلت ضبعان بكسر الضاد والأنثى ضبعانة والجمع ضبعان وضباع وهو جنس من السباع من الفصيلة الضبعية ورتبة اللواحم، أكبر من الكلب وأقوى، كبير الرأس قوى الفكين، مولع بنبش القبور لكثرة شهوته للحم بنى آدم يضرب العرب به المثل فى الفساد . المعجم الوسيط ٥٥٤/١، النظم المستعذب ٢٤٧/١، حياة الحيوان ٧٩٣/٥، وما بعدها.

(٢) المبسوط ٢٢٥/١١، العناية مع فتح القدير ٤٩٩/٩، البدائع ٣٩/٥.

(٣) سبق أن ذكرنا أن عن مالك ثلاث روايات فى السباع عموماً هذه إحداها والمشهور عنهم كراهة السباع بما فى ذلك الضبع. الزرقانى على الموطأ ٩١/٣، المنتقى للباجى ١٣٠/٣، ١٣١.

(٤) المغنى ٦٠٤/٨.

(٥) سبل السلام ٧٧/٤.

(٦) البحر الزخار ٣٣٠/٥.

(٧) قال الترمذى ٣٠٩/٣، ٣١٠، ليس إسناده بالقوى ولا نعرفه إلا من حديث إسماعيل بن مسلم عن عبد الكريم بن أمية وهما ضعيفان، ابن ماجة ١٠٧٨/٢، نصب الراية ١٩٣/٤.

دل الحديث على أن الضبع غير مأكول اللحم حيث أن النبى ﷺ تعجب ممن يأكل الضبع وأن من يأكله لا خير فيه، ولو كان حلالا ما تعجب الرسول ﷺ من ذلك.

ب- روى أن رجلا من بنى سعد بن بكر قال سألت سعيد بن المسيب أن ناسا من قومى يأكلون الضبع فقال إن أكلها لا يحل وكان عنده شيخ أبيض الرأس واللحية فقال الشيخ يا عبد الله ألا أخبرك بما سمعت من أبى الدرداء يقول فيه قلت: نعم قال: سمعت أبا الدرداء يقول: نهى الرسول ﷺ عن الخطفة والنهبة والمجثمة[1] وأكل كل ذى ناب من السباع[2].

جـ- ما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع[3].

والضبع سبع ذو ناب فكان داخلاً فى عموم الأدلة القاضية بالنهى عن لحوم السباع وتحريمها.

د- أن الضبع سبع ذو ناب يقاتل فكان كالذئب.

هـ-أن الضبع مستخبث باعتبار ما فيه من القصد إلى الأذى فكان داخلاً فى عموم قوله تعالى:﴿ **ويحرم عليهم الخبائث**﴾.

---

(١) المجثمة بضم الميم وفتح الجيم وتشديد المثلثة هى كل حيوان ينصب ويقتل فهو نوع من المثلة . نيل الأوطار ١١٥/٨، الآثار للطحاوى ٨٥/٢.

(٢) نصب الراية ١٩٣/٤، المسند لأحمد ، وعند الترمذى ٣١١/٣، حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر كل ذى ناب من السباع والمجثمة. الآثار للطحاوى ٨٥/٢.

(٣) الحديث سبق تخريجه .

ثانيا: الشافعية[١] والحنابلة[٢] وبه قال الظاهرية[٣] والشوكانى[٤].

وهو مروى عن على بن أبى طالب وابن عباس وسعد وابن عمر وأبى هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة وإسحاق وأبوثور وغيرهم[٥] أن الضبع حلال.

أدلتهم : استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

أ- روى عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبى عمارة قال قلت لجابر الضبع أصيد هى قال: نعم، قلت: أكلها قال: نعم، قلت: أقاله رسول الله ﷺ قال: نعم[٦].

وفى رواية عن جابر سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقال: هى صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم[٧] ففى الروايتين دليل على حل أكل الضبع.

أما الرواية الأولى ففيها التصريح بجواز الأكل وجواز الأكل دليل الحل.

وأما الرواية الثانية ففيها التصريح بأن الضبع صيد وأنه يفدى بكبش إذا صاده المحرم .

---

(١) المجموع ٩/٩، الأم ٢/٢٤٩.

(٢) شرح المنتهى ٣/٣٩٦، المبدع ٩/١٩٦، المغنى ٨/٦٠٤، ٦٠٥.

(٣) المحلى ٧/٤٠١، وما بعدها.

(٤) السيل الجرار ٤/٩٥.

(٥) المغنى ٨/٦٠٤،المجموع ٩/٩، المحلى ٧/٤٠١.

(٦) قال أبو عيسى حسن صحيح ، الترمذى ٢/٢٣٧، ابن ماجة ٢/١٠٧٨، أبو داود ٣٨٠١.

(٧) صححه الحاكم فى المستدرك، ابن ماجة ٢/١٠٣١، شرح معانى الآثار ٢/١٦٤.

فإيجاب الفدية على المحرم إذا صاده دليل على حل أكله لأن الصيد اسم للمأكول لأن غير المأكول لا يسمى صيدا.

ب- روى عن أبى هريرة أنه سئل عن الضبع فقال: نعجة من الغنم[1].

جـ- روى عن عروة قال ما زالت العرب تأكل الضبع ولا ترى بأكلها بأساً[2].

د- روى عن عطاء قال ضبع أحب إلى من كبش[3].

هـ-روى عن الشافعى قال ما زال الناس يأكلونها ويبيعونها بين الصفا والمروة من غير نكير[4].

و- أن العرب تستطيبه وتمدحه والمستطاب حلال لقوله تعالى: ﴿ ويحل لهم الطيبات ﴾.

ز- ولأنها ليست من ذوات الأنياب حتى تدخل فى عموم النهى عن كل ذى ناب فقد قيل إن جميع اسنانها عظم واحد كصفيحة نعل الفرس[5].

حـ- وإن سلم أنه سبع ذو ناب فهو لا يعدو على الناس مكابرة فلم تتحقق فيه علة النهى[6].

---

(١) المحلى ٤٠١/٧.

(٢) المغنى ٦٠٤/٨.

(٣) المحلى ٤٠١/٧.

(٤) نيل الأوطار ١٢٢/٨، الأم ٢٤٩/٢.

(٥) المغنى ٦٠٥/٨، نيل الأوطار ١٢٢/٨.

(٦) هذا الاستدلال يتمشى مع تعريف الحنابلة والشافعية للسباع المحرمة وقد سبب (الأم ٢٤٩/٢).

المناقشة :

بعد هذا العرض للآراء والأدلة كان لزاماً علينا أن نذكر اعتراضات كل فريق على أدلة الفريق الآخر حتى يتبين لنا القول الراجح ووجه رجحانه فنقول:

مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور :

ناقش الحنفية ومن وافقهم أدلة الجمهور بما يلى :

أ- أما حديث جابر فيناقش من أوجه:

الأول: أنه حديث غير مشهور عورض بحديث النهى عن كل ذى ناب من السباع وهو خبر مشهور فكان العمل بالمشهور أولى لأنه أقوى.

الثانى : قال ابن عبد البر هذا الحديث معلول بعبد الرحمن بن عبد الله بن أبى عمارة فلا ينتهض للاحتجاج به على حل الضبع خاصة وقد عورض بما هو أقوى منه.

الثالث: ثم إنه لو سلم بصحته فإنه يحمل على أن ذلك كان فى زمن الابتداء ثم انتسخ بعد ذلك لأن الحرمة ثابتة شرعاً فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة.

ب- أما استدلالهم على حل أكله بأنه صيد فيجاب عنه:

بأنه لا خلاف فى كونه صيد لكن الصيد اسم للممتنع المتوحش فى أصل الخلقة ولو لم يكن مأكولاً.

جـ- أن حديث النهى عن أكل كل ذى ناب محرم وحديث جابر فى حل الضبع مبيح والمحرم يقدم على المبيح عند التعارض احتياطاً وتغليباً لجانب الحرمة .

مناقشة الجمهور لأدلة الحنفية :

أما الجمهور فقد ناقشوا أدلة الحنفية ومن وافقهم بما يلى :

أ- أما حديث خزيمة بن جزء والذى جاء فيه أو يأكل الضبع أحد ومن يأكل الضبه فهو مردود لا يصلح قال ابن حزم:[1] وأما الخبر فروى عن إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف وابن أبى المخارق ساقط وحبان بن جزء مجهول وبمثل هذا قال الشوكانى والصنعانى[2].

وإن سلم أنه صالح للاحتجاج لم يكن فيه حجة على التحريم لأنه ليس فيه تحريم أصلاً، وإنما فيه تعجب ممن يأكل الضبع فقط[3].

ب- أما حديث النهى عن السباع فيجاب عنه بما يلى :

١- أن الذى نهى عن السباع هو الذى أحل الضباع وهذا وذاك لا تحل مخالفته[4].

٢- قولهم إن حديث النهى عن السباع مشهور قوى وحديث إباحة الضبع لا يقوى على معارضته مردود بأن ذلك ليس معارضة بل تخصيص ولا يعتبر فى التخصيص كون المخصص فى رتبة المخصص بدليل تخصيص عموم الكتاب بأخبار الآحاد.

ثم إن حديث النهى عام وحديث الحل خاص والخاص يقدم على العام.

---

(١) المحلى ٧/٤٠٠، وما بعدها.

(٢) نيل الأوطار ٨/١٢٢، سبل السلام ٤/٧٧

(٣) المحلى ٧/٤٠٠، وما بعدها.

(٤) المحلى ٧/٤٠٠.

جـ-قولهم إن حديث جابر معلول بعبد الرحمن بن أبى عمارة مردود قال الشوكانى[1] وهم ابن عبد البر فإن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبى عمارة ثقة مشهور وثقة جماعة من الحفاظ ولم يتكلم فيه أحد.

ذكر الذيلعى[2] بعد أن ساق الحديث قال الترمذى حديث حسن صحيح وقال فى علله قال البخارى حديث صحيح.

الترجيح :

بعد ذكر الأقوال والأدلة تبين لنا أن الحنفية ومن وافقهم يستدلون بعموم الأدلة القاضية بالنهى عن كل ذى ناب من السباع وبأنها من المستخبثات.

والشافعية ومن وافقهم يستدلون بحديث جابر والقاضى بحل أكل الضبع وبأن الضبع من الحيوانات المستطابة عند العرب.

والذى أميل إليه وأرجحه هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى القائلين بحل الضبع حيث صح به الحديث كما سبق أن ذكرنا ولقول ابن حجر[3] بعد أن ذكر الحديث رواه أحمد والأربعة وصححه البخارى وابن حبان وإذا صح الحديث صلح أن يكون مخصصا لعموم الأدلة المحرمة للحوم السباع.

---

(١) السيل الجرار على حدائق الأزهار ٩٥/٤.

(٢) نصب الراية ١٩٤/٤، الترمذى ٢٣٧/٢.

(٣) بلوغ المرام بشرح سبل السلام ٧٧/٤.

فيحرم أكل كل ذى ناب من السباع إلا ما خص بدليل والضبع قد خرج من عموم النهى بهذا الحديث فحل.

وأما الإستطابة فإن أصحاب القول الثانى قد ذكروا عن عروة قوله ما زالت العرب تأكل الضبع وعن الشافعى قوله ما زال الناس يأكلونها ويبيعونها بين الصفا والمروة من غير نكير ولو كان مستخبثا ما أكلوه ولا باعوا لحمه وهؤلاءهم من تعتبر استطابتهم وإذا ثبت أنه مستطاب عند العرب الذين تعتبر استطابتهم رجح لنا القول بالحل لدخوله فى قوله تعالى :﴿ **ويحل لهم الطيبات** ﴾ .

والله تعالى أعلم ،،،

ثالثاً الفيــــل :[1].

من الحيوانات ذات الناب وقد اختلف الفقهاء فى حكمه على النحو التالى :-

أ- المالكية فى رواية [2].

يكره أكل الفيل لأنه سبع ذو ناب وقد نهى النبى ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع فدخل فى عموم النهى إلا أن هذا النهى ليس نهى تحريم بل هو نهى تنزيه فيحمل على الكراهة.

وقد سبق تقرير مذهب المالكية فى كراهة أكل كل ذى ناب من السباع.

---

(١) الفيل جمعه افيال وفيول وفيلة والفيلة ضربان فيل ووزندبيل وبعضهم يقول الفيل الذكر والذندبيل الأنثى والذكر ينزوا إذا مضى له من العمر خمس سنين وزمان نزوه الربيع والأنثى تحمل سنتين ولا ينزوا عليها إلا بعد ثلاث سنين من الوضع ولا تلد إلا فى الماء لأنها تلد قائمة . حياة الحيوان ١٠٤٩/٦.

(٢) الدسوقى والشرح الكبير ١١٧/٢.

٢- **الحنفية** [١] والمالكية في رواية [٢] والشافعية في المذهب[٣] والحنابلة[٤].

وذهبوا إلى أن الفيل حرام لا يحل أكله.

واستدلوا لمذهبهم هذا بما يلي:

أ- أنه سبع ذو ناب فدخل في عموم النهي عن أكل كل ذي ناب من السباع والنهي للتحريم كما هو قول الجمهور.

ب- أنه مستخبث فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾.

جـ- روي عن الحسن أنه قال هو مسخ والمسخ من الخبائث فكان محرماً.

وقال الإمام أحمد ليس هو من أطعمة المسلمين وكأنه يريد بذلك أنه ليس من الطيبات والله يقول: ﴿**ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث**﴾.

٣- **المالكية في الرواية الثالثة** [٥] وبه قال الظاهرية[٦] وهو قول الشعبي وابن شهاب[٧] وهو وجه عند الشافعية[٨]

وذهبوا إلى أنه حلال.

واستدلوا لقولهم هذا بما يلي :

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٤٩٩/٩، البدائع ٣٩/٥.
(٢) حاشية الدسوقي ١١٧/٢.
(٣) المجموع ١٤/٩، وما بعدها.
(٤) المغني ٥٨٩/٨.
(٥) حاشية الدسوقي ١١٧/٢.
(٦) المحلى ٤٠٣/٧.
(٧) المجموع ١٧/٩، المغني ٥٨٩/٨.
(٨) قليوبي وشرح المحلي على المنهاج ٢٥٩/٤.

أ- أنه لا يعدو على الناس والحيوان ولا يتقوى بنابه فلم تتحقق فيه علة النهى .

ب- قال ابن حزم أنه ليس سبعاً ولا جاء فى تحريمه نص فيبقى على أصل الحل فيكون داخلاً فى عموم الآيات القاضية بالحل كقوله تعالى :﴿ **خلق لكم ما فى الأرض جميعاً** ﴾ وقوله :﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً** ﴾ وقوله :﴿ **وقد فصل لكم ما حرم عليكم** ﴾ فكل شئ حلال إلا ما جاء نص بتحريمه ولم يأت فى الفيل نص يحرمه فهو حلال.

الترجيح :

مما سبق يتبين لنا أن خلاف الفقهاء فيه مرجعه إلى عدم ورود نص صريح يحله أو يحرمه وكل منهم قد اعتمد على عموم النصوص فالمحرمون له اعتمدوا على عموم حديث النهى عن كل ذى ناب من السباع والمبيحون اعتمدوا على عموم النصوص القاضية بحل ما فى الأرض جميعاً ما لم يفصل تحريمها.

وبناء عليه، فإننى أميل إلى ترجيح القول الثالث القائل بحل أكل الفيل لعدم ورود نص يحرمه وأما حديث النهى عن السباع فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه لم يثبت أن الفيل من السباع

فهو وإن كان ذا ناب إلا أنه لا يعيش به ولا يعدو به على الحيوان فهو يأكل العشب ولا يأكل اللحم فلم تتحقق فيه علة النهى التى سبق أن ذكرنا خلافهم فيها.

وأما قولهم: إنه ليس من أطعمة المسلمين فلأن ذلك مرجعه إلى أنه لا يعيش فى جزيرة العرب فلم يأكلوه لذلك لا لكون حراماً.

وأما قولهم إنه مسخ فقد سبق أن عرفنا أن المسخ لا نسل له فيكون قولاً غير صحيح.

والله تعالى أعلم ،،،

رابعاً الـــدب : (١).

ومن الحيوانات التى اختلف الفقهاء فى حكمها الـدب وحاصل اختلافهم ينحصر فى الأقوال الآتية :-

أ- المالكية فى المشهور من المذهب(٢).

أنه مكروه كغيره من السباع وقد سبق ذكر أدلتهم على كراهة السباع عموماً.

ب- الحنابلة(٣) إن كان ذا ناب يفترس به فهو محرم وإلا فهو مباح، لأن الأصل الإباحة ولم يتحقق وجود المحرم فيبقى على الأصل وشبهه بالسباع إنما يعتبر فى وجود العلة المحرمة وهى كونه ذا ناب يصيد به ويفرس فإذا لم يوجد ذلك كان داخلاً فى عموم النصوص المبيحة.

---

(١) الدب سبع ذو شعر أسود طويل يكاد يصل الأرض أكبر من الكلب ومنه الأبيض أيضاً والأنثى دبة وهو حيوان يحب العزلة فإذا جاء الشتاء دخل ولا يخرج حتى يطيب الهواء وهو مختلف الطباع فهو يأكل ما تأكله السباع وما ترعاه البهائم وما يأكله الناس وفى طبعه فطنة عجيبة فيقبل التأديب لكنه لا يطيع معلمه بسهولة ، النظم المستعذب ١٤٨/١، حياة الحيوان ٥٧٠.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ١١٧/٢.

(٣) المغنى ٥٨٩/٨.

جـ- الحنفية[1] ورواية عن مالك[2] وبه قال الشافعية[3] أنه محرم لا يؤكل.

١- لأنه يأكل الجيف ولا تستطيبه العرب فكان من الخبائث فيدخل فى عموم قوله تعالى: ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾

٢- أنه سبع ذو ناب يعدو به على الناس فدخل فى عموم النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع.

الترجيح :

بعد العرض لآراء الفقهاء وبعض ما استدلوا به أرى أن الراجح منها هو القول الثالث القائل بتحريم الدب لأنه سبع ذو ناب يعدو به على الإنسان والحيوان غالبا فيدخل فى عموم النهى عن أكل كل ذى ناب.

أما قول الحنابلة بالإباحة فهو بسبب ترددهم فيه هل هو سبع أولا وإذا ثبت أنه سبع فإن قولهم فيه هو التحريم.

أما قول المالكية فى المشهور أنه مكروه كبقية السباع فقد سبق الرد عليه فلا حاجة إلى إعادته.

.. والله تعالى أعلى وأعلم ،،،،

خامساً: السنور[4].

هو الهر أو القط منه البرى - المتوحش - والأهلى - المستأنس، وقد اختلفت آراء الفقهاء فى حكمه على النحو التالى:

---

(١) البدائع ٣٩/٥.

(٢) الدسوقى ١١٧/٢.

(٣) شرح المحلى على المنهاج ٢٥٩، المهذب ٢٤٨/١.

(٤) هو بكسر السين وفتح النون وهو الهر ويسمى القط أيضاً وسمى هرا لما يحدثه من صوت عندما يكره الشئ؛ منه أهلى وبرى وجمعه سنانير وهو من الفصيلة السنورية ورتبة اللواحم من خير مأكله الفأر والأهلى منه حيوان أليف. النظم المستعذب ٢٤٧/١، حياة الحيوان ٧١٤، المعجم الوسيط ٤٧٢/١.

أ- المالكية فى المشهور [1].

ان الهر يكره البرى والأهلى منه سواء.

وقد استدلوا بعموم قوله تعالى: **﴿قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً ..﴾** الآية

فليس الهر مما تضمنته الآية فوجب أن لا يكون محرماً وإنما كره لمكان الخلاف بين العلماء.

ب- الحنفية [2] والمالكية فى رواية [3] وابن حزم الظاهرى [4] والزيدية [5].

الهر حرام - البرى منه والأهلى سواء.

وقد استدلوا لذلك بما يلى :

١- روى عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل الهر وثمنها [6].

فهذا الأثر إن صحت نسبته إلى النبى ﷺ كان نصاً فى محل الخلاف وهو يدل على التحريم وإن لم تصح نسبته إلى النبى ﷺ فأقل أحواله أن يكون موقوفاً على جابر فيكون قولاً لصحابى والصحابى عندما يقول أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا فهو فى حكم المرفوع إلى النبى ﷺ.

---

(١) المنتقى ٣/١٣٠، وما بعدها شرح الزرقانى على الموطأ ٣/٩١.

(٢) البدائع ٥/٣٩.

(٣) شرح الزرقانى على الموطأ ٣/٩١.

(٤) المحلى ٧/٤٠٠.

(٥) البحر الزخار ٥/٣٣١.

(٦) قال الترمذى حديث غريب ٣/٤١، ابن ماجة ٢/١٠٨٢، أبو داود ٣٤٨٠ بلفظ نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الهر.

٢- أنه سبع ذو ناب فيكون داخلاً في عموم النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع فيكون حراما.

جـ- الشافعية [١] والحنابلة [٢].

يوافقون أصحاب القول الثانى فى تحريم الهر الأهلى ولهم فى البرى قولين:

الأول: بالحل والثانى وهو الأصح التحريم.

وأدلتهم على التحريم هى أدلة القول الثانى ويزاد عليها ما يلى :

١- أن الهر سبع ذو ناب فيكون داخلاً فى عموم النهى عن كل ذى ناب من السباع.

٢- أن الهر يصطاد بأنيابه فتكون علة النهى متحققه فيه.

٣- أنه يأكل الجيف فيكون من الخبائث والخبائث حرام لقوله تعالى :﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾

الترجيح :

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء تبين لنا أن الجمهور منهم على تحريم الهر البرى منه والأهلى سواء فى الراجح عندهم لدخوله فى عموم النهى عن السباع وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه؛ لأن استدلال المالكية على الكراهة بعموم الآية سبق أن بينا أنه مردود لأن الآية خصصت بحديث النهى عن السباع فلم يكن فى الآية حجة لهم وقد سبق تقرير ذلك ، أما التفريق بين الأهلى والبرى فلم يأت به دليل صحيح والكل ذو ناب فيبقى داخلاً فى

---

(١) الحاوى ١٥/١٤٠، المهذب ١/٢٤٧.

(٢) شرح المنتهى ٣/٣٩٦، المبدع ٩/١٩٥.

عموم النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ولأن الكل يفترس بنابه ويصطاد فتكون علة النهى متحققة فيهما على السواء.

والله تعالى أعلم ،،،

سادساً : الثعلب [1]:

من الحيوانات التى لها ناب وقد اختلف الفقهاء فى حله وحرمته على النحو التالى :-

المالكية فى مشهور المذهب [2].

يكره كغيره من السباع لأنه لا يعد على غيره ولا يصطاد فلا يحرم وإنما كره لمكان الخلاف أما الشافعية[3] وهو رواية عن أحمد[4] وبه قال عطاء وطاووس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة[5] وقالوا.

يحل أكل الثعلب لما يلى :

أ- أنه يفدى فى الإحرام والحرم وما يفدى إذا أصابه المحرم فإنه يؤكل.

ب- أنه من الطيبات كانت العرب تستطيبه وتصيده وما كان مستطابا عند العرب كان حلالا لدخوله فى عموم قوله تعالى: ﴿ **ويحل لهم الطيبات** ﴾ .

---

(١) الثعلب معروف والأنثى ثعلبة والجمع ثعالب وكنيته أبو الحصين وهو سبع جبان، مستضعف ذو مكر وخديعة ومن حيله أنه يتماوت وينتفخ بطنه ويرفع قوائمه حتى يظن أنه مات فإذا قرب الحيوان وثب عليه وصاده، حياة الحيوان ٢٨٩/٢، ٢٩٠.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١١٧/٢.

(٣) المجموع ١٠/٩، الأم ٢٤٤/٢، الحاوى ١٣٩/١٥.

(٤) المبدع ١٩٨/٩، المغنى ٥٨٨/٨.

(٥) المصدرين السابقين .

جـ- أنه لا يتقوى بنابه فأشبه الأرنب، حيث لم تتحقق فيه علة النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع.

أما الحنفية[1] والمالكية فى رواية[2] وأكثر الروايات عن أحمد[3] والظاهرية[4] وهو مروى عن أبى هريرة[5] والزهرى[6] والزيدية[7].

أن الثعلب حرام لأنه ذو ناب يتقوى به ويعدو على غيره من الحيوان فكان داخلاً فى عموم النهى عن كل ذى ناب من السباع.

روى عن الزهرى قال الثعلب سبع لا يؤكل.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الأقوال والأدلة فإننى أميل إلى ترجيح القول الثالث القائل بتحريم الثعلب لدخوله فى عموم النهى.

أما قول الشافعية أنه لا يتقوى بنابه فغير مسلم إذ كثيراً ما يعدو الثعلب على الطيور ويفترسها وهذا أمر معلوم بالمشاهدة لا يحتاج إلى دليل.

أما قولهم أنه مستطاب فإنه يرجع إلى الاستطابة وعدمها عندما لايكون هناك دليلُ بالحل أو بالتحريم وهنا دليل بالتحريم وهو حديث النهى عن كل ذى ناب من السباع فلا أثر للاستطابة هنا.

(١) تكملة فتح القدير ٤٩٩/٩، البدائع ٣٩/٥.
(٢) حاشية الدسوقى ١١٧/٢.
(٣) المغنى ٥٨٨/٨.
(٤) المحلى ٤٠٠/٧.
(٥) المغنى ٥٨٨/٨.
(٦) المحلى ٤٠٠/٧.
(٧) البحر الزخار ٣٣٠/٥.

أما قولهم أنه يفدى إذا صاده المحرم فليس ذلك دليلا على الحل أو الحرمة فالمحرم لو قتل سبعاً أو نحوه مما لا يؤكل يجب عليه الجزاء عند الحنفية فالصيد عندهم اسم للممتنع المتوحش فإيجاب الجزاء على المحرم لقتل الحيوان مطلقاً لا لكونه قتل حيوانا مأكولا.

... والله تعالى أعلم ،،،

سابعاً: اليربـــوع : [1].

من السباع التى اختلف الفقهاء فى حكمها اليربوع وحاصل خلافهم كالتالى :-

أ- المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة فى المذهب وهو قول عطاء وأبو ثور وابن المنذر[4] والزيدية[5] يحل أكل اليربوع وقد استدلوا لذلك بأنه من الطيبات تصطاده العرب وتأكله فيكون داخلاً فى عموم قوله تعالى :﴿**ويحل لهم الطيبات**﴾.

١- أن عمر حكم فيه بجفرة[6] على المحرم إذا صاده ، وذلك يدل على أنه صيد مأكول.

٢- أن الأصل الإباحة ما لم يرد فيه تحريم ولم يرد فى اليربوع تحريم فيكون باقياً على الأصل.

---

(١) اليربوع بفتح الياء حيوان طويل الرجلين قصير اليدين جداً وله ذنب كذنب الجرز قيل أنه من نوع الفأر، حياة الحيوان ١٣٥٩/٨، النظم المستعذب ٢٤٧/١.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ١١٥/٢.

(٣) الحاوى ١٣٩/١٥، المجموع ١٠/٩، ١١.

(٤) المبدع ١٩٩/٩، المغنى ٥٩٢/٨.

(٥) البحر الزخار ٣١١/٥.

(٦) الجفرة من المعز ماله أربعة أشهر وهو الذى قوى على الأكل واتسع جوفه . النظم المستعذب ٢٤٧/١.

٣- أن الله قد فصل لنا ما حرم علينا ولم يفصل لنا تحريم اليربوع فيكون باقياً على الأصل.

ب- الحنفية[١] وهو رواية عن أحمد ويروى عن ابن سيرين والحكم وحماد[٢] وذهبوا إلى تحريم اليربوع.

واستدلوا لذلك بأنه من المستخبثات لاستبعاد الطباع السليمة إياه وإذا ثبت أنه من الخبائث كان محرما لدخوله فى عموم قوله تعالى : ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾ .

ولأنه من السباع الهوام التى تتقوى بنابها فكان داخلاً فى عموم النهى عن كل ذى ناب من السباع ولأنه يشبه الفأر والفأر محرم فكان مثله .

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الأقوال والأدلة فإننى أميل إلى القول الثانى القائل بالتحريم؛ لأن اليربوع سبع مفترس ويتقوى بنابه فيعدو به على غيره من الحيوان فيكون داخلاً فى عموم النهى عن السباع لتحقق العلة.

ثم إن الطباع السليمة تستبعده وتتقذره فكان داخلاً فى عموم ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾ ... والله تعالى أعلم،،،

ثامناً : النمس : [٣].

يرى المالكية فى المشهور كراهته[٤] كغيره من السباع التى تتقوى بنابها وتعدو به على غيرها من الحيوان ويرى

---

(١) المبسوط ٢٥٥/١١، الهداية مع فتح القدير ٤٩٩/٩،٥٠٠.

(٢) المغنى ٥٩٢/٨.

(٣) النمس بنون مشددة مكسورة وبالسين المهملة فى آخره دويبة عريضة كأنها قطعة قديد تكون بأرض مصر تقتل الثعبان وتأكله قصيرة اليدين والرجلين وفى ذنبها طول تصيد الفأر وتأكله قيل إن النمس هوابن عرس - حياة الحيوان ١٢٨٩/٨، وما بعدها.

(٤) الشرح الكبير مع الدسوقى ١١٧/٢.

الجمهور[1] حرمته لأنه ينهش بنابه ويعدو به على الدجاج فكان داخلا فى عموم النهى عن كل ذى ناب من السباع فيحرم ولأنه مستخبث غير مستطاب فيحرم.

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه عملاً بعموم حديث النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع.

... والله تعالى أعلم،،،

تاسعاً : القــــرد [2]

من الحيوانات التى ألحقها الفقهاء بالسباع ذوات الناب القرد وقد اختلف الفقهاء فى حكمه على قوليه:

القول الأول : المالكية فى أظهر القولين[3].

أنه مكروه وقد احتجوا لذلك بعموم قوله تعالى :﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً** ﴾ ... الآية ، فالآية تدل على عدم حرمته لأنه لم يذكر فى المحرمات لكن مراعاة خلاف العلماء القائلين بالحرمة يقتضى كراهته.

القول الثانى: وذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] والظاهرية[7] والقول الثانى للمالكية [8]

---

(١) الهداية مع الفتح ٢٠٠/٩، حاشية عميره على شرح المحلى ٢٥٩/٤،المغنى ٥٨٨/٨.

(٢) القرد حيوان معروف وهو بكسر القاف وسكون الراء جمعه قرود وهو حيوان ذكى سريع الفهم يتعلم الصنعة تلد القردة فى البطن الواحد العشرة والأنثى عشر والذكر ذو غيره شديدة على الإناث وهو شبيه بالإنسان فى غالب حالاته . حياة الحيوان ١٠٧٧/٧.

(٣) ولهم قول ثالث بإباحته مطلقاً – أو بإباحته إن أكل الكلأ وإلا كان مكروهاً الدسوقى مع الشرح الكبير ١١٨/٢.

(٤) البدائع ٣٩/٥.

(٥) شرح المحلى مع قليوبى ٢٥٩/٤ن المجموع ١٥/٩، ١٧.

(٦) المبدع ١٩٥/٩، المغنى ٥٨٨/٨.

(٧) المحلى ٤٢٩/٧، ٤٣٠.

(٨) المنتقى ١٣٢/٣، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ١١٧/٢، ١١٨.

وهو مروى عن عمر وعطاء ومجاهد ومكحول والحسن وعكرمة[1] أن القرد حرام لا يؤكل ولا يجوز بيعه.

واستدلوا لذلك بما يلى :

أ- روى عن الشعبى أن النبى ﷺ نهى عن لحم القرد[2].

والنهي يفيد التحريم فكان القرد حراماً أكله وبيعه لأن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه.

ب- أن القرد سبع فيدخل فى عموم النهى عن أكل كل ذى ناب من السبع ولأنه قد تحققت فيه علة النهى وهى كونه ذو ناب يعدو به على غيره.

جـ- أنه ليس من بهيمة الأنعام.

د- أن الله قد مسخ ناساً عصاة عقوبة لهم على صورته والله لا يمسخ عقوبة فى صورة الطيبات من الحيوان فصح أنه ليس منها، وإذا لم يكن من الطيبات كان من الخبائث لأنه ليس إلا طيباً أو خبيثاً فإذا لم يكن القرد طيباً كان خبيثاً والخبيث محرم بقوله تعالى :﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾.

التـرجيح :

بعد أن ذكرنا القولين وما استدل به كل فريق يتضح لنا أن متمسك المالكية فى القول الأول بكراهة القرد هو عموم الآية وأنه ليس مما فصل تحريمه ومتمسك الجمهور هو حديث الشعبى فى النهى عن القرد وأنه ليس من الطيبات بل من الخبائث.

---

(١) المغنى ٥٨٨/٨، المجموع ١٥/٩.

(٢) الحديث لم أعثر عليه فيما وصلت إليه يدىى من مراجع.

فإن صح حديث الشعبى وجب المصير إليه والقول به ويكون مرجحاً لما ذهب إليه الجمهور من تحريم القرد وإن لم يصح فيرجح مذهب الجمهور أيضاً حديث النهى عن أكل كل ذى ناب من السباع والقرد من السباع التى تتقوى بالناب وتعدو به فيكون الحديث مخصصاً لعموم الآية .

ثم إن القرد مما تستخبثه الطباع السليمة فيكون داخلاً فى عموم الآية ﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾ فالذى أميل إليه وأرجحه هو ما ذهب إليه الجمهور من القول بتحريم أكل لحم القرد.

ومما يؤيد هذا الترجيح ما روى عن ابن عبد البر قال[١] لا أعلم بين علماء المسلمين خلافاً أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه.

... والله تعالى أعلم،،،

---

(١) المغنى ٥٨٨/٨.

المبحث الخامس

فى الطيـــــر

من الحيوان ما يطير بجناحيه ويرتفع فى الهواء، وهذه الطيور أنواع كثيرة منها ما يعدو على غيره من الطيور ويفترسه ومنها ما لا يعدو ومنها ما يأكل الجيف ويخبث غذاؤه، ومنها مالا يأكل الجيف وإنما يأكل الحب أو العشب فلم يخبث غذاؤه ولا لحمه، ومنها ما هو مستخبث ومنها ما هو مستطاب.

ولكى نعرف الحكم الشرعى فى كل هذه الأنواع فإننى ساقسم الطيور إلى قسمين : القسم الأول: ما يعدو على غيره وهو ذو المخلب ، والقسم الثانى : مالا يعدو على غيره.

القسم الأول : ذو المخالب من الطير : [1].

وهى التى تعلق بمخالبها الشئ وتصيد بها.

وقد اختلف الفقهاء فى حكمها على قولين :

القول الأول : المالكية [2] والليث والأوزاعى ويحيى بن سعيد[3] ان الطيور بجميع أنواعها حلال فلا يحرم من الطير شئ ذو المخلب وغيره فى ذلك سواء.

---

(١) المخلب بكسر الميم وفتح اللام قال أهل اللغة المخلب للطير بمنزلة الظفر للإنسان لكنه أشد منه وأغلظواحد، قال فى القاموس المخلب ظفر كل سبع من الماشى والطائر أو هولما يصيد من الطير والظفر لما لا يصيد وهو بمثابة الناب للسبع . فتح البارى ٥٧٤/٩/ مختار الصحاح ١٨٤ ، سبل السلام ٧٣/٤، نيل الأوطار ١١٦/٨.

(٢) المنتقى ١٣٢/٣، الشرح الكبير ١١٥/٢.

(٣) المغنى ٥٨٩/٨.

أدلتهم : استدل المالكية ومن وافقهم لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

١- قوله تعالى :﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه .... الآية** ﴾ .

فهذه الآية تدل على أنه لا محرم إلا ما ذكر فيها وهى عامة فتحمل على عمومها إلا ما خصه الدليل.

٢- عموم قوله تعالى :﴿ **كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا** ﴾ .

والطيور مما فى الأرض لم يرد فيها ما يحرمها فتبقى داخلة فى هذا العموم.

٣- عموم قوله تعالى :﴿ **وقد فصل لكم ما حرم عليكم** ﴾ .

والطيور عامة لم يفصل لنا تحريمها فكانت باقية على الحل.

٤- قوله تعالى فى الجوارح: ﴿ **فكلوا مما أمسكن عليكم** ﴾. ولم يفرق بين ذى مخلب وغيره .

٥- روى عن أبى الدرداء يرفعه ما أحل الله فى كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً وتلا :﴿ **وما كان ربك نسيا** ﴾[1]، والطيور مسكوت عنها فكانت مما عفا الله عنه فهى باقية على أصل الحل.

٦- أن ذا المخلب يشمله لفظ طائر فلم يكن حراماً كغيره من الطيور التى لا مخلب لها مثل الأوز والدجاج.

(١) نيل الأوطار ١٠٧/٨، ابن ماجة ١١١٧/٢.

القول الثانى : وذهب إليه جمهور أهل العلم .

الحنفيـة[1] والشـافعية[2] والحنابلــة[3] والظاهريــة[4] والزيديــة[5] والهادوية [6] أن سباع الطير من ذوات المخلب محرمة.

أ- روى عن ابن عباس قال نهـى رسـول اللـه ﷺ عـن كـل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير[7].

ب- روى عن جابر قال حرم رسول الله ﷺ يوم خيبر لحـوم الحمر الإنسية ولحوم البغال وكل ذى ناب مـن السـباع وكـل ذى مخلب من الطير [8].

دل الحديثان على حرمة ذى المخلب من الطير لأن النبـى ﷺ لا ينهى عما هو حلال، فهذه الأخبـار الدالـة علـى حرمـة ذى المخلب من الطير تصلـح لتخصيـص عمـوم الآيـات الدالـة علـى الإباحة والتى استدل بها الفريق الأول وتقدم على ما ذكروه.

جـ- روى عن النبى ﷺ أنه قال :" خمس فواسق يقتلن فى الحـل والحرم وذكر منها الحديا [9] وهـى مـن ذوات المخـالب مـن الطير وقد أمر رسول الله ﷺ بقتلها فـى الحـل والحـرم ولـو

---

(١) البدائع ٣٩/٨، المبسوط ٢٢٥/١١.
(٢) الام ٢٥٠/٢، المجموع ١٨/٩، ٢٢.
(٣) المغنى ٥٩٨/٨، ٥٩٠، شرح المنتهى ٣٩٦/٣.
(٤) المحلى ٤٠٣/٧، ٣٠٥.
(٥) حدائق الازهار مع السيل ٩٤/٤.
(٦) سبل السلام ٧٣/٤.
(٧) نصب الراية ١٩٢/٤، صحح مسلم ٦٠٠/٤.
(٨) سبق تخريجه .
(٩) سبق تخريجه .

حل أكلها لما أمر بقتلها مع قولـه تعـالى :﴿ **لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم** ﴾ ولأنها مما لم تكن العرب تأكلها.

ولأن النبـي ﷺ سـماها فواسـق والفسـق محـرم لقولـه تعالى:﴿ **إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به** ﴾ فلو ذبـح ما فيه فسق لكان مما أهل لغير الله به لأن ذبح مالا يحل أكله معصيـة والمعصية قصد إلى غير الله تعالى .

الترجيح :

بعد أن ذكرنا أدلة الفريقين فإننى أميل إلى ترجيح القول الثانى القائل بحرمة ذى المخلب من الطير لما ذكروه من أدلة - ولأن ما استدل به أصحاب القول الأول مردود بما يلى .

١- استدلالهم بعموم قوله تعالى :﴿ **قل لا اجد فيما اوحى إلى محرماً .... الآية** ﴾ . قد سبق الرد عليه عند الحديث عن أكل كل ذى ناب من السباع [(١)].

٢- أما استدلالهم بعموم الآيات الأخرى فيجاب عنه بأن هذه الآيات عامة قد ورد من السنة الصحيحة ما يخصصها - كحديث ابن عباس وجابر فتبقى على عمومها فى غير محل التخصيص.

٣- أما حديث ما أحل الله فى كتابه فهو حلال ... ألخ فيجاب عنه من وجهين :

---

(١) انظر ١٠٥، من هذا المبحث.

الأول : أن ما أحل رسول الله ﷺ وما حرم ، مما أحله الله أو حرمه أيضاً.

الثانى : أن ذوات المخلب من الطير ليست من قسم المسكوت عنه بل من المنصوص على حرمته فهى من الحيوانات التى نهى عنها رسول الله ﷺ والنهى يفيد التحريم.

٤- قولهم ذو المخلب طائر والطيور حلال فمردود بأنه قياس فى مقابلة النص وهو حديث النهى عن ذى المخلب من الطير فكان فاسداً.

وبناء عل ما سبق من ترجيح القول الثانى القائل بحرمة ذوات المخالب من الطير فإن الصقر والبازى والعقاب والشاهين والباشق والنسر والحدأة والبوم[1]. وأشباهها حرام لا يحل أكلها إذ هى من ذوات المخلب من الطير .

ولم يختلف القائلون بالتحريم فى شئ من ذلك إلا ما روى عن ابن حزم الذى قال بحل النسور حيث لم يعتبرها من ذوات

---

(١) الصقر جمعه أصقر وهو من جوارح الطير من الفصيلة الصقرية، وأما العقاب فجمعه أعقب والكثير عقبان حاد البصر وهونوعان عقاب وزمج، منه الأسود والأبيض والأشقر، منه ما يأوى الجبال وما يأوى الصحارى ومنه ما يأوى الفياض وحول المدن ، وأما الشاهين فهو طائر جارح من جنس الصقر جمعه شواهين وأما البازى فهو نوع من الصقور لفظه مشتق من النزوان أى الوثب وهو من أشد الحيوانات تكبراً أضيقها خلقاً وأما النسر فهو من أطول الطيور عمراً سمى نسراً لأنه نسر لأنه ينسر الشئ ويبتلعه وهو والبارى يسفدان كما يسفد الديك وهو ذو منسر وليس بذى مخلب، حاد البصر، وأما الحدأة فهى أخس الطير وهى تبيض بيضتين وتحضن عشرين يوماً ومن ألوانها السود والرمد تخطف وتصيد، وأما البومة فهى طائر ليلى لا تصيد إلا بالليل ولا تظهر بالنهار وهى أصناف تحب الخلوة بأنفسها وفى أصل طبعها عداوة الغربان يراجع فى كل ذلك حياة الحيوان كل فى بابه.

المخالب فكانت خارجة عنده عن محل النهى[1] أما غيره من القائلين بالتحريم فقد حرموها لاستخباثها حيث تأكل الجيف.

القسم الثانى : مالا عدوى فيه :

من الطيور مالا يعدو على غيره ولا يتقوى بمخلبه فكان خارجاً عن محل النهى عن ذى المخلب فما الذى يحرم منه وما الذى يحل؟

من الصعب الوصول إلى حكم واحد لهذه الطيور مجتمعة لاختلاف آراء الفقهاء فيهااختلافاً بيناً لذا فإننى سأحاول الحديث عن هذه الطيور فى مجموعات أو فرادى عندما يتعذر الجمع بينها ولنبدأ الحديث بالمجموعة الأولى :

أ- الرخم والبغاث وأبو قردان [2].

وهذه الطيور قد اختلف الفقهاء فى حكمها على النحو التالى :

١- المالكية[3] والظاهرية[4] أنها حلال .

---

(١) المحلى ٧/٤١٠.

(٢) الرخم طائر غزير الريش أبيض اللون مبقع بسواد له منقار طويل قليل النقوس له جناح طويل، والقدم ضعيفة والخالب متوسطة الطول سوداء اللون والأنثى منه لا تمكن من نفسها غير ذكرها وتبيض بيضه واحدة وهى من لئام الطير . أما البغاث بفتح الباء والغين المعجمة فهو طائر أغبر دون الرخمة بطئ الطيران وهو من شرار الطير وهى نوع من البوم، يراجع حياة الحيوان ٦٤٧، ٢٢٦، قلويبى مع شرح المحلى ٤/٢٥٩.

(٣) المنتقى ٣/١٣٢، الشرح الكبير مع الدسوقى ٢/١١٥.

(٤) المحلى ٧/٤١٠.

أما المالكية فقد مضوا على مذهبهم القائل بحل الطيور بجميع أنواعها. وقد سبق الاستدلال لهم، أما ابن حزم فرغم أنه من القائلين بتحريم كل ذى مخلب من الطير إلا أنه قال بحل هذه الطيور لأنها ليست من ذوات المخالب فكانت خارجة عن محل النهى وإذا خرجت عن محل النهى كانت باقية على أصل الحل داخلة فى عموم قوله تعالى :﴿ **كلوا مما فى الأرض حلالا طيباً**﴾ ولأن الله قد فصل لنا ما حرم علينا ولم يفصل لنا تحريم هذه الطيور.

كما استدل على حل الرخمة بأن ابن عباس نهى المحرم عن قتلها وجعل فيها الجزاء.

٢- وذهب الحنفية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣] إلى القول بتحريم هذه الطيور.

واستدلوا لذلك بأن هذه الطيور تتغذى على الجيف وما هو مستخبث فكانت مستخبثة لأن لحمها نبت من الحرام والمستخبث محرم بقوله تعالى :﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾.

الترجيح :

مما سبق تبين لنا أن هذه الطيور على القول بأنها ليست من ذوات المخالب خارجة عن محل النهى فهى إذاً من المسكوت عنه فالأصل أن تكون من قسم الحلال إلا أن قوله تعالى :

---

(١) المبسوط ٢٢٥/١١.

(٢) قليوب مع شرح المحلى على المنهاج ٢٥٩/٤.

(٣) المغنى ٥٩٠/٨.

﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ يقتضى أن تحرم هذه الأنواع لاستخباث الطباع لها فإن لم نقل بالحرمة فلا أقل من أن تكون مكروهة لخبث غذائها فتقاس على الجلالة.

ب- الغـــــراب : [1].

الغراب أنواع منه ما يتغذى بالجيف ومنه ما يتغذى بالحب لذا اختلف الفقهاء فى حكمه على النحو التالى :

١- المالكية :

الغراب حلال بجميع أنواعه لأنه طائر ومن مذهبهم إحلال جميع الطيور كما تقدم[2].

٢- الظاهرية وهو مروى عن عائشة وابن عمر وعروة بن الزبير [3].

الغراب حرام بجميع أنواه وبمثله قال الزيدية[4] إلا أنهم استثنوا الصغير من غراب الزرع فأحلوه لعدم الإيذاء.

واستدلوا لمذهبهم هذا بما يلى :

أ- روى عن النبى ﷺ أنه قال : خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم وذكر منها الغراب"[5].

ويستدل بالحديث من ثلاثة أوجه :

---

(١) الغراب طائر معروف سمى بذلك لسواده جمعه غربان وأغربه وهو أصناف الغداق والزاغ والأكحل وغراب الزرع، منها ماهو أسود حالك ومنها الأبلق، تبيض الأنثى أربع بيضات ، يأكل الجيف : حياة الحيوان ٩٥٥، وما يليها .

(٢) يراجع صـ١٤١ من البحث.

(٣) المحلى ٧/٤٠٣، ٤٠٤.

(٤) البحر الزخار ٥/٣٣١.

(٥) سبق تخريجه

الأول : أن الرسول ﷺ سماها فواسق والفسق محرم بقوله تعالى:﴿ **فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به**﴾ فلو ذبح ما فيه فسق لكان مما أهل لغير الله به.

الثانى : أن الرسول ﷺ قد أذن فى قتله فى الحل والحرم وما أمر النبى ﷺ بقتله فلا ذكاة له والنبى ﷺ نهى عن إضاعة المال، فلا يحل قتل شئ يؤكل لأن فيه إضاعة للمال.

الثالث: أنه ﷺ لم يفرق بين غراب وغراب، الكل فواسق والكل يقتل فى الحل والحرم فاستويا.

ب- روى عن عائشة قالت: إنى لأعجب ممن يأكل الغراب بعد ما سماه الرسول ﷺ فاسقاً وأذن بقتله والله ما هو من الطيبات.

وقد روى مثل هذا عن ابن عمر وهشام بن عروة عن أبيه[١].

٣- أما الحنفية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] فقد فرقوا بين أنواع الغراب فحرموا بعضها وأحلوا البعض الآخر وحاصل خلافهم على النحو التالى :

---

(١) المحلى ٧/٤٠٤.
(٢) الهداية وفتح القدير والعناية ٩/٤٩٩، ٥٠٠، المبسوط ١١/٢٢٥، ٢٢٦.
(٣) المجموع ٩/١٨،٢٢، ٢٣، الحاوى ١٥/١٤٥٠، ١٤٦.
(٤) المغنى ٨/٥٩٠، ٥٩٢، ٥٩٣،المبدع ٩/١٩٦.

١- الغراب الأبقع وغراب البين [١].

حرام عندهم بالاتفاق لأنها من المستخبثات فهى تأكل الجيف وكل مستخبث يدخل فى عموم قوله تعالى : ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ .

ولعموم حديث " خمس يقتلن فى الحل والحرم" وذكر فيه والغراب الأبقع حيث نص على قتله، ولقول عائشة إنى لأعجب ممن يأكل الغراب وقد أذن النبى ﷺ فى قتله.

٢- الزاغ [٢].

حلال باتفاقهم إلا ما ورد عن الشافعى فى أحد قوليه أنه لا يحل لأنه غراب ودليلهم على الحل أنه يلتقط الحب فكان غير مستخبث طبعاً وقد يألف الآدمى كالحمام.

وحديث خمس يقتلن فى الحل والحرم وقول عائشة ومن يأكل الغراب .. الخ فالمراد بها ما يأكل الجيف دون غيره.

العقعق [٣].

فعند أبى حنيفة ووجه للشافعى :

---

(١) هو الغراب الأبقع الذى فيه سواد وبياض سمى بذلك لأنه بان عن نوح لما وجهه لنظر الماء فذهب ولم يرجع ولذلك تشاءموا وهو نوعان غراب صغير معروف باللؤم والضعف والأخير يسقط فى منازل الناس إذا ساروا منها – حياة الحيوان ٩٥٨/٦.

(٢) من أنواع الغربان يقال له غراب الزرع وهو صغير نحو الحمامة أسود برأسه غبرة ولا يأكل الجيف ويستوطن شرق أوربا والتركستان وإيران ويهاجر إلى مصر وفلسطين . حياة الحيوان ٦٥٤، المعجم الوسيط ٤٩٢/١.

(٣) طائر على قدر الحمامة وهو على شكل الغراب وجناحاه أكبر من جناحى الحمامة وهو ذو لونين أسود وأبيض، طويل الذنب . حياة الحيوان ٩١١.

يحل لأنه يخلط فيأكل الحب تارة والجيف تارة أخرى وإذا تردد بين الحل والحرمة غلب جانب الحل، ولأن النبى ﷺ قد أكل الدجاج مع أنه يخلط.

وعند أبى يوسف وهو الوجه الثانى للشافعية .

لا يحل لأن غالب أكله الجيف فاجتمع فيه الموجب للحل والحرمة فيغلب جانب الحظر، ولأن كل مستخبث يدخل تحت قوله تعالى :﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾.

ولأن ما يأكل الجيف غالباً يصير كالجلالة.

الترجيح :

مما سبق يتبين لنا أن القائلين بالتحريم المطلق كالظاهرية أوالقائلين بحرمة الغراب الأبقع دون غيره يستندون فى أقوالهم إلى حديث خمس يقتلن فى الحل والحرم، ويستنبطون من الأمر بالقتل القول بالتحريم فإن صح لهم هذا يكون ما ذهب إليه الظاهرية أرجح حيث إن الحديث لم يفرق بين غراب وغراب فتحريم الأبقع وتحليل غيره تحكم لا يعضده دليل .

فإن قيل إن الحديث نص على قتل الغراب الأبقع فيكون هو المحرم وغيره لا يحرم قيل لهم إن الحديث ورد من طرق فمرة جاء بقتل الغراب عامة ومرة بقتل الأبقع، فالخبر الذى فيه عموم ذكر الغراب هو الزائد حكماً فيعمل به.

لكننى أرى أن الاستدلال على التحريم بالأمر بقتله استدلال ضعيف لأن الفقهاء مرة يستدلون بالقتل على التحريم

ومرة يستدلون بالنهى عن القتل على التحريم أيضاً، فكان فى هذا الاستدلال نظر.

والذى أميل إليه هو أن الغراب لم يأت فيه نص بتحليل أو تحريم فيرجع فيه إلى عادة العرب فما كان منه مستطاباً كان حلالا ، وما كان منه غير مستطاب كان حراماً.

لقوله تعالى :﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ . والله تعالى أعلم ،،،

جـ- الخفاش - الوطواط [1]

اختلف الفقهاء فى حله وعدم حله على قولين:

الأول: المالكية فى قول [2] وهو وجه للشافعية[3] وبه قال الظاهرية[4].

يحل أكله لعموم قوله تعالى :﴿ كلوا مما فى الأرض حلالا﴾ وقوله : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾ والوطواط لم يفصل تحريمه فيكون حلالا.

الثانى الشافعية فى الأصح [5] وبه قال الحنابلة[6]:

أنه حرام لا يحل أكله وللحنابلة وجه آخر بالكراهة.

---

(١) بضم الخاء وتشديد الفاء واحد الخفافيش التى تطير فى الليل قيل من أسمائه الخطاف والوطواط والخشاف- يقتات البعوض والذباب وبعض الفاكهة، حياة الحيوان ٥١٤ وما يليها.

(٢) ولهم قول آخر وهو الأرجح أنه يكره - الشرح الكبير ١١٥/٢، المنتقى ١٣٢/٣.

(٣) المجموع ١٩/٩، ٢٢.

(٤) المحلى ٤١٠/٧.

(٥) الحاوى ١٤٥/٥، قليوبى وشرح المحلى ٢٦٠/٤.

(٦) المغنى ٥٩٠/٨، المبدع ١٩٧/٩.

واستدلوا بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفا : ولا تقتلوا الخفاش فإنه لما خرب بيت المقدس قال يارب سلطنى على البحر حتى أغرقهم[١] فالنهى عن قتله دليل على تحريمه، لأنه لو حل أكله ما نهى عن قتله ولأنه من المستخبثات ولا تستطيبه العرب ولا تأكله وما كان خبيثاً كان محرماً.

وإننى أميل إلى ترجيح القول الثانى القائل بالتحريم لكونه غير مستطاب لا لكونه مما نهى عن قتله، لما سبق أن ذكرنا أن النهى عن القتل أو الأمر بالقتل لا يصلح للاستدلال على الحل أو الحرمة.

د- الهدهد والصرد : [٢]

اختلف الفقهاء على قولين :

الأول: المالكية [٣] ووجه للشافعية[٤] ورواية عن أحمد[٥]. أنها حلال لعموم الأدلة القاضية بالإباحة مع قوله تعالى: **﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم ﴾**. والهدهد والصرد لم

---

(١) قال الشوكاني : فى نيل الأوطار ١٢٥/٨، ناقلاً عن الفتح قال الحافظ وإن كان اسناده صحيحاً إلا أن عبد الله بن عمرو كان يأخذ عن الإسرائيليات.

(٢) الهدهد بضم الهائين واسكان الدال طائر معروف ذو خطوط منتن الريح، قيل إذا غابت أنثاه لم يأكل ولم يشرب حتى تعود . حياة الحيوان ١٣٠٩/٨، والصرد طائر أكبر من العصفور ضخم الرأس والمنقار يصيد صغار الحشرات وربما صاد العصفور وكانوا يتشاءمون به، المعجم الوسيط / ٥٣١، حياة الحيوان ٧٥٧/٥.

(٣) المنتقى ١٣٢/٣.

(٤) روى عن الشافعى أنه أوجب فيهما الجزاء على المحرم إذا قتلهما ولا يجب الجزاء إلا فى قتل ما هو مأكول، نيل الأوطار ١٢٦/٨، المجموع ١٨/٤، ٢٢.

(٥) المبدع ١٩٩/٩.

يفصل لنا تحريمهما فتبقى الآيات القاضية بالإباحة على عمومها، ولأنهما ليسا من ذوات المخالب وغير مستخبثان.

الثاني : الشافعية [١] فى الأصح والحنابلة فى رواية[٢] وابن حزم[٣].

أنهما حرام لا يحل أكلهما.

واستدلوا على ذلك بما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن قتل أربع من الدواب النملة والنحلة والهدهد والصرد[٤].

فاستفيد من النهى عن قتلهما تحريمهما لأن ما يوكل لا ينهى عن قتله كما سبق.

الترجيح :

كما سبق أن ذكرنا أن الاستدلال بالنهى عن القتل على التحريم استدلال فيه نظر.

وعلى هذا فإن الحديث لا يصلح للاحتجاج به على تحريم الهدهد والصرد، ثم إن سلم صحة الاستدلال به فهو مردود من وجه آخر، قال ابن العربى [٥].إنما نهى النبى ﷺ عن قتل الصرد لأن العرب كانت تتشاءم به فنهى عن قتله ليزول ما فى قلوبهم من اعتقاد التشاؤم وعلى هذا فلا يكون النهى عن قتله دليلاً على أنه غير مأكول.

---

(١) الحاوى ١٥/١٤٥.
(٢) شرح المنتهى ٣/٣٩٧.
(٣) المحلى ٧/٤٠٦، ٤٠٧
(٤) نيل الأوطار ومنتقى الأخبار ٨/١٢٤، وقال الحافظ رجاله رجال الصحيح ، الترغيب والترهيب للمنذرى٤/٤٠٠، ابن ماجة ٢/١٠٧٤.
(٥) نيل الأوطار ٨/١٢٦.

لذا فإننى أرى أن الهدهد لا يحرم للنهى عن قتله وإنما يكره لاستخباثه لأنه يأكل الدود والحشرات المستقذرة فكان مكروها لقذارة طعامه وأما الصرد فإن لم يكن غذاؤه مستخبثا فهو حلال لعدم ورود نص صريح بالتحريم .

..... والله تعالى أعلم ،،،،

هـ- بقية الطيور غير ما ذكر :

ما ليس بذى مخلب ولم يخبث غذاؤه ولا لحمه من الطيور فهو حلال بغير خلاف [1] ويدخل فى هذا جميع أنواع الطيور غير التى سبق الحديث عنها .

فالحمام[2] على اختلاف أنواعه الجوازل والفواخت والقطا والحجل والقنابر والكركى والكروان حلال بغير خلاف.

والعصافير [3] كلها حلال الصعوة والزرزور والنغر والبلبل والنعامة [4] حلال قضى الصحابة فيها بالفدية إذا قتلها المحرم

(١) المبسوط ٢٢٦/١١، البدائع ٣٩/٥، المنتقى ١٣٢/٣، الشرح الكبير مع الدسوقى ١١٥/٢، شرح المحلى مع قليوبى ٢٦/٤، المجموع ٢١/٩، المبدع ٢٠١/٩، شرح المنتهى ٣٩٩/٣، المحلى ٤١٠/٧، البحر الزخار ٣٣٤/٥.

(٢) الحمام عند العرب هو ذات الأطواق نحو الفواخت والقمارى والقطا والوراشين ويقع على الذكر والأنثى وهو جمع مفرده حمامة والفرق بينه وبين اليمام أن أسفل ذنب الحمامة مما يلى ظهرها فيه بياض وأسفل ذنب اليمامة لا بياض فيه. حياة الحيوان ٤٤١، وما بعدها، المعجم الوسيط ٢٠٧/١.

(٣) العصافير مفرده عصفور بضم العين والأنثى عصفورة سمى بذلك لأنه عصى وفر وهى أنواع منها ما يطرب بصوته ومن أنواعه عصفور الشوك والقبرة والبلبل والصعوة والحمرة والعندليب والبراقش . حياة الحيوان ٨٧٦، ٨٧٧.

(٤) النعامة تجمع على نعامات ويقال للأنثى قلوس وهى من الحيوان الذى يزاوج ويعاقب الذكر الأنثى فى الحضن قليل ليس لها حاسة السمع وإنما لها شم بليغ وقيل إنها ليست بطائر وإن كانت تبيض ولها جناح وريش ومن أمرها أنه إذا دميت لها رجل واحدة لم تنتفع بالأخرى. حياة الحيوان ١٢٧٣/٨، وما بعدها.

فدل على أنها صيد مأكول، والبط والأوز وطير الماء كله مباح الأكل والدجاج[1] حلال ولو أكل العذرة.

والحبارى[2] والطواويس والببغاء حلال إلا في وجه للشافعية أنها حرام [3].

أما الأدلة على حل هذه الطيور : فكثيرة منها :

١- قوله تعالى :﴿ **كلوا مما فى الأرض حلالا طيباً** ﴾ مع قوله: ﴿**وقد فصل لكم ما حرم عليكم** ﴾ .

وهذه الطيور مما لم يفصل تحريمها فكانت حلالا لدخولها فى عموم أدلة الحل.

٢- قوله تعالى :﴿ **ويحل لهم الطيبات**﴾ وهذه الطيور من الطيبات.

٣- روى عن سفينة قال: أكلت مع رسول الله ﷺ لحم حبارى[4].

ولو كان حراماً لما أكله النبى ﷺ ولما أقر الصحابة على أكله.

---

(١) الواحدة دجاجة الذكر والأنثى فيه سواء سميت دجاجة لإقبالها وإدبارها يقال دج القوم يدجون دجاً ودجيجاً إذا مشوا مشيا رويداً . وهو يأكل اللحم والذباب والخبز ويلتقط الحب . حياة الحيوان ٥٧٥، وما يليها.

(٢) الحبارى مقصور طائر يقع على الذكر والأنثى واحدها وجمعها سواء وإن شئت قلت حباريات يضرب به المثل فى عدم المحبة تسميه العامة اللوان ويسميه أهل مصر الحبرج وهو طائر طويل العنق رمادى اللون فى منقاره بعض الطول. حياة الحيوان ٣٨٣/٣، المنظم المستعذب ١٤٩/١.

(٣) شرح المحلى علىالمنهاج ٢٦٠/٤.

(٤) اسناد ضعيف سنن أبو داود ٣٧٩٧، قال الترمذى حديث غريب ٣٢٦/٣.

٤- روى عن عبد الله بن عمر مرفوعاً " ما من إنسان يقتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عنها قال : يا رسول الله وما حقها قال يذبحها ويأكلها ولا يقطع رأسها ويطرحها"(١).

فهذا الحديث يدل على حل أكل العصفور وينهى عن قتله لغير ذلك.

٥- روى عن أبى موسى قال: رأيت رسول الله ﷺ يأكل دجاجاً(٢).

فقد دل الحديث على جواز أكل الدجاج إنسيه ووحشيه وقد استثنى بعضهم الجلالة وهى التى تأكل الأقذار حتى تحبس وفعل أبى موسى يدل على أنه لم يبال بذلك.

٦- أن هذه الطيور مما يلتقط الحب فكانت من الطيبات.

٧- أنها تفدى إذا قتلها المحرم ولا يفدى فى الإحرام إلا المأكول.

٨- أنها ليست من ذوات المخالب من الطير فكانت خارجة عن عموم النهى عن كل ذى مخلب من الطير. والله أعلم،،،

---

(١) الترغيب والترهيب ١٠٤/٢، نيل الأوطار ١٢٥/٨،الحاكم فى المستدرك ٤/

(٢) قال أبو عيسى حسن صحيح - الترمذى ٢٣٥/٣، ٢٣٦، فتح البارى ٥٦١/٩، صحيح مسلم رقم ١٦٤٩، الدارمى ١٠٣/٢.

حكم الجلالة

الجلالة بفتح الجيم وتشديد اللام من أبنية المبالغة وهى الحيوان الذى يأكل العذرة، يقال جلت الدابة الجلة واجتلتها فهى جالة وجلالة والجلة بفتح الجيم هى البقرة وتجمع على جلالات على لفظ الواحدة (١).

وقد اختلف العلماء فيما يسمى جلالة من الحيوان.

فالجمهور(٢) على أن الجلالة هى كل حيوان يأكل القذر وسواء أكان من ذوات الأربع - الإبل والبقر والغنم- أم من غيرها كالدجاج والأوز وغيرهما ويستدلون لذلك باللغة وبفعل ابن عمر حيث كان يحبس الدجاجة ثلاثا قبل ذبحها أما ابن حزم(٣) فيرى أنه لا يسمى جلالة إلا ما يأكل العذرة من ذوات الأربع خاصة فلا يسمى الدجاج والأوز وغيرهما من الطير جلالة وإن أكل العذرة.

ويستدل لذلك بعموم قوله تعالى: ﴿ **وقد فصل لكم ما حرم عليكم** ﴾ ولم يفصل لنا تحريم شئ من أجل مايؤكل إلا الجلالة.

كما يستدل لذلك بما روى عن القاسم عن زهدم قال: كنا عند أبى موسى الأشعرى فأتى بطعام فيه لحم دجاج وفى القوم

---

(١) مختار الصحاح ١٠٧، ١٠٨، حياة الحيوان ٢/٢٣٢.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقى ٢/١١٥،المهذب ١/٢٥٠،المغنى ٨/٥٩٤، سبل السلام ٤/٧٧.

(٣) المحلى ٧/٤١٠، ٤٢٩، فتح البارى ٩/٥٦٤.

رجل جالس أحمر فلم يدن من طعامه فقال ادن فقد رأيت رسول الله ﷺ يأكل منه قال إنى رأيته يأكل شيئاً فقذرته فحلفت ألا آكله فقال ادن أحدثك إلى أن قال: فقال والله إنى لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها[1].

فظاهر هذا الفعل من أبى موسى أنه لم يبال بذلك ولم يعتبر الدجاج من الجلالة ثم يأمر الرجل بالدنو والأكل وأن يكفر عن اليمينية ولو كان الدجاج جلالة لما أكله أبو موسى ولما أمر غيره بأكله.

وما يروى عن ابن عمر من أنه كان يعتبر الدجاج جلالة فيحبسها ثلاثة أيام قبل ذبحها فيرده ابن حزم بأنه لا يلزم لأنه إن كان حبسها من أجل ما فى قانصتها فهو رجيع لا يحل أكله، وإن كان من أجل استحالة المحرمات التى أكلت فلا يستحيل لحمها فى ثلاثة أيام ولا فى ثلاثة أشهر بل قد صار ما تغذت به من ذلك لحماً من لحمها ولو حرم من ذلك لحرم من الثمار والزرع ما ينبت على الزبل وهذا خطأ.

ويوافق الحنفية[2] والليث [3] ابن حزم فيما ذهب إليه من أن الدجاج وغيره لا يسمى جلالة لكن ليس لأنها غير داخلة فى تعريف الجلالة السابق ولكن لسبب آخر وهو أنها مما يخلط فى غذاءه فهى مع أكلها للعذرة تأكل الحب وغيره مما ليس

(١) صحيح البخارى مع الفتح ٥٦١/٩، ٥٦٢.
(٢) المبسوط ٢٥٥/١١، ٢٥٦.
(٣) المغنى ٥٩٣/٨.

مستقذرا، والحيوان إذا خلط فى طعامه لا يسمى جلالة، فالجلالة عندهم هى التى تعتاد أكل الجلة ولا تخلط.

ويستدلون لما ذهبوا إليه من أن ما يخلط فى طعامه لا يسمى جلالة إذا لم يتغير لحمه بما روى عن النبى ﷺ أنه كان يأكل لحم الدجاج(١). ويقولون لو كان فيه أدنى خبث لامتنع النبى ﷺ عن تناوله.

أما جمهور العلماء(٢). فكل حيوان يأكل العذرة يسمى جلالة وإن خلط فى طعامه إذا كان أكثر علفه النجاسة أما إن كان أكثر علفه الطاهر فلا يسمى جلالة.

وبعضهم يقول إنه لا اعتداد بالكثرة وإنما المعول عليه هو الرائحة والنتن فان تغير اللحم فى الريح أو الطعم أو اللون فهى جلالة وإلا فلا وهذا هو الصحيح إذ هو سبب النهى .

أما عن حكم الجلالة :

فهى إما أن تذبح قبل أن تحبس حتى يطيب لحمها وإما أن تذبح بعد حبسها وزوال الرائحة من لحمها ولكل واحد حكم.

أ- ذبح الجلالة قبل الحبس:

إذا ذبحت الجلالة من غير أن تحبس فوجد للحمها رائحة أو نتنا فقد اختلف الفقهاء فى حل أكلها أو حرمته على ثلاثة أقوال:

---

(١) صحيح البخارى مع الفتح ٥٦١/٩، وقد سبق تخريجه.
(٢) المجموع ٢٨/٩، المغنى ٥٩٣/٨.

الأول: وهو مروى عن الحسن[1] وينسب إلى الإمام مالك[2] أن لحوم الجلالة وألبانها حلال ولا كراهة فى ذلك فيجوز ذبحها قبل أن تحبس لأن الحيوانات لا تتجس بأكل النجاسات بدليل أن شارب الخمر لا يحكم بتنجيس أعضائه والكافر الذى يأكل الخنزير والمحرمات لا يكون ظاهره نجساً، ولو نجس لما طهر بالإسلام ولا الاغتسال ولو نجست الجلالة لما طهرت بالحبس.

الثانى : وبه قال المالكية [3]والشافعية فى الأصح[4] والحنابلة فى رواية[5] أن لحوم الجلالة وألبانها تكره ولا تحرم فالكراهة تنزيهية .

وقد استدلوا لذلك بفعل أبى موسى الأشعرى حيث أكل لحم الدجاج رغم أنه يأكل العذرة فلو فهم من النهى التحريم ما أكله ولكنه فهم من النهى التقذر فقط فكانت الجلالة مكروهة لا محرمة لهذا .

ولأن النهى عنها وارد لأجل ما تأكله من الأنجاس وهى تغتذيه فى كرشها، والعلف الطاهر إذا صار فى كرشها تنجس

---

(١) المغنى ٥٩٣/٨.

(٢) سبل السلام ٧٨/٤،نيل الأوطار ١٢٤/٨، فتح البارى ٥٦٤/٩.

(٣) كثير من الكتب ينقل عن مالك الإباحة إلا أن ابن رشد فى بداية المجتهد جـ ١ صـ٤٦٦، ينقل عنه الكراهة .

(٤) الحاوى ١٤٧/١٥،المجموع ٢٨/٩، ٣٠.

(٥) المغنى ٥٩٣/٨، المبدع ٢٠٢/٩، ٢٠٣.

فلا تتغذى إلا بالنجاسة ومع ذلك فلا يحكم على اللحم واللبن بالنجاسة فكذا هذا .

ولأن الجلالة حيوان أصله الإباحة لا يتنجس بأكل النجاسات كشارب الخمر لا يحكم بنجاسة أعضائه ولأن النهى الوارد فى الجلالة إنما هو لتغير اللحم فيقاس على اللحم المذكى إذا انتن فإنه يكره ولا يحرم فكذا هذا .

الثالث: أن لحوم الجلالة وألبانها حرام .

ذهب إلى هذا الحنفية [1] والشافعية فى وجه [2] والحنابلة فى المذهب [3] ورجحه الشوكانى [4] وبه قال الثورى [5] وهو مذهب أهل الظاهر [6] والزيدية [7].

واستدلوا لمذهبهم بأدلة منها:

أ- روى عن ابن عمر قال نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الجلالة وألبانها [8].

---

(١) المبسوط ٢٥٥/١١، شرح الكنز ٢٠٦/٢.

(٢) المجموع ٢٨/٩، ٢٩، الحاوى ١٤٧/١٥.

(٣) المغنى ٥٩٣، ٥٩٤، شرح المنتهى ٥٩٣/٣ وما يليها.

(٤) السيل الجرار ١٠٢/٤، ١٠٣، نيل الأوطار ١٢٣/٨.

(٥) سبل السلام ٧٨/٤.

(٦) المحلى ٤١٠/٧، وما بعدها.

(٧) البحر الزخار ٣٣/٥.

(٨) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ١٢٣/٨، مختصر السنة للمنذرى ٣٠٦/٥، سنن ابن ماجة ١٠٦٤/٢ كما رواه الترمذى وقال حسن غريب ٣٢٤/٣، أبو داود رقم ٣٧٨٥.

ب- روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وعن الجلالة عن ركوبها وأكل لحومها [١].

جـ- روى عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ عن الجلالة أن يؤكل لحمها أو يشرب لبنها [٢].

فظاهر هذه الأحاديث تحريم أكل لحم الجلالة وشرب لبنها وركوبها لأن النهى حقيقة فى التحريم فلا يجوز ذبحها قبل الحبس فإن فعل كان أكلها حراماً.

د- أن اعتياد هذه الحيوانات على أكل الجيف يغير لحمها ويجعله منتنا فيحرم الأكل منه لأنه من الخبائث والخبائث حرام بقوله تعالى :﴿ **ويحرم عليهم الخبائث** ﴾.

هـ- أن لحمها يتولد من النجاسة فيكون نجساً كرماد النجاسة.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أميل إلى ترجيح القول الثالث القائل بحرمة لحم الجلالة وألبانها والركوب عليها لما ذكروه من أدلة ولما يلى :-

أ- أن ما ذكره القائلون بالإباحة أن الحيوانات لا تنجس بأكل النجاسات قياساً على شارب الخمر مردود بأنه قياس مع الفارق فشارب الخمر لا يتغذى بها وليس ذلك أكثر غذائه وإنما يتغذى الطاهرات ، وكذلك القياس على الكافر مردود لهذا .

---

(١) سبل السلام ٤/٧٧.

(٢) فتح البارى ٩/٥٦٤.

ب- أما استدلال القائلين بالكراهة فمردود من أوجه:
١- أن ما قالوه قياس فى مقابلة النص فلا يصح.
٢- أن حمل النهى على التنزيه لا ينهض عليه دليل والأصل فى النهى هو التحريم .
٣- قولهم أنها تتغذى من النجاسة لأن العلف الطاهر إذا صار فى كرشها تنجس مردود بأن العلف الطاهر إذا تنجس بالمجاورة جاز إطعامه للدابة ولأنها إذا أكلته لا تتغذى بالنجاسة وإنما تتغذى بالعلف بخلاف الجلالة .

غير أنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية والظاهرية من عدم اعتبار الدجاج وغيره من الطيور جلالة لأنها تخلط فى غذائها فليس كل طعامها هو العذرة .

ولأن النبى ﷺ أكل لحم الدجاج وأكله أبو موسى وبين للسائل حله ودعاه إلى أكله وإن كان قد رآه يأكل العذرة وبين له أن من حلف على يمين فوجد غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه، ولأن الدجاج وغيره من الطيور لا يتغير لحمه بأكل العذرة بخلاف البقرة والشاة والإبل، وأما فعل ابن عمر من حبسه للدجاج ثلاثة أيام فإنما ذلك منه على سبيل الورع والتنزه من غير أن يكون ذلك شرطاً فى الدجاج ولا فى غيره مما يخلط.

ذبح الجلالة بعد حبسها :

إذا قلنا بكراهة الجلالة أو بتحريمها فإنها إذا حبست وعلفت طاهراً حتى طاب لحمها وزالت الرائحة ثم ذبحت بعد ذلك فهى حلال ولا كراهة فيها بالإتفاق[1].

(١) المبسوط ٢٥٦/١١، الحاوى ١٤٧/١٥، المغنى ٥٩٤/٥، المحلى ٤١١/٧، نيل الأوطار ١٢٤/٨، البحر الزخار ٣٣٤/٥.

غير أن الفقهاء اختلفوا فى مقدار المدة التى يحبسها الحيوان حتى يحل على النحو التالى :

أ- تحبس الجلالة ثلاثاً سواء أكانت من ذوات الأربع أم من غيرها.

ذهب إلى ذلك أحمد فى رواية وأبو ثور[(١)].

لأن ما طهر حيواناً طهر الآخر كالذى نجس ظاهره ولأن ابن عمر كان إذا أراد أكلها حبسها ثلاثة .

ب-تعلف الجلالة علفاً طاهراً الناقة والبقرة أربعين يوماً والشاة سبعة أيام والدجاجة ثلاثة .

ذهب إلى ذلك أحمد فى الرواية الأخرى والشافعية وقول عطاء [(٢)] والزيدية [(٣)] .

واستدلوا لذلك بما أخرجه الحاكم والبيهقى من حديث ابن عمرو بن العاص نهى رسول الله ﷺ عن الجلالة وألبانها وقال حتى تعلف أربعين ليلة [(٤)].

فإن صحت هذه الزيادة كانت نصاً فى محل النزاع فلا تجوز مخالفته [(٥)].

---

(١) المغنى ٥٩٤/٨.
(٢) المغنى ٥٩٤/٨، الحاوى ١٤٧/١٥.
(٣) البحر الزخار ٣٣٤/٥.
(٤) سبل السلام ٧٧/٤.
(٥) قال فى الفتح ٥٦٥/٩، أخرجه البيهقى بسند فيه نظر

جـ- أن الجلالة تحبس وتعلف طاهراً إلى أن تزول الرائحة المنتنة عنها وليس لذلك حد ولا زمان ذهب إلى ذلك الحنفية [1] والشافعية فى الأصح [2] والظاهرية [3].

لأن الحرمة أو الكراهة إنما هى لوجود الرائحة المنتنة التى وجدت فيها بسبب أكلها للعذرة والقذر وهى شئ محسوس فالتحديد بالمدة التى ذكرها أصحاب القولين السابقين ليس توقيفاً بل يمكن أن يزاد عليها أوينقص منها فالظاهر أنهم قد روها بذلك لأن الأغلب أنها تزول بهذه المقادير، لكن المعتبر هو زوال الضرر فإذا زال حل أكلها والعمل عليها وركوبها.

---

(١) البدائع ٤٠/٥.

(٢) المجموع ٢٩/٩.

(٣) المحلى ٤١١/٧.

المبحث السادس

الحشرات وهوام الأرض[1]

الحشرات وهوام الأرض أنواع كثيرة منها ما يطير كالنحلة والجراد والذباب والزنابير ومنها ما لا يطير كالضب والقنفذ والوزغ والديدان والجعلان ونبات وردان.

ومنها ما هو سام كالعقارب والثعابين وسام أبرص، ومنها غير السام إلى غير ذلك من الأمور التى تمبز كل نوع منها عن الآخر.

وإذا أردنا أن نعرف الحكم الشرعى فى كل هذه الأنواع جملة واحدة ما أستطعنا لاختلاف الفقهاء فيها ما بين مبيح مطلق ومكره أو محرم لها لذلك فإننى أذكر هنا بعض الحشرات أو الدويبات مستقلة إذا أتفقت هذه الأنواع فى الحكم حتى لا يطول بنا المقام. ولنبدأ بالحديث عن حكم الجراد[2].

---

[1] هى صغار دواب الأرض وصغار هوامها الواحدة حشرة وتسمى حيوان الأرض لأنها لا تفارقها إلى الهواء ولا إلى المياه ومن الحشرات الأفاعى والجرذان الأهلية والبرية واليربوع والضب والجرذون والقنفذ والعقرب والخنفساء والوزغ والنمل والنحل وغيرها. حياة الحيوان ٤٠٠.

[2] الجراد بفتح الجيم وتخفيف الراء معروف، الواحدة جرادة والذكر والأنثى سواء كالحمامة، ويقال إنه مشتق من الجرد لأنه لا ينزل على شئ إلا جردة، وخلقة الجراد عجيبة، وهو صنفان طيار ووثاب ويبيض فى الصخر فيتركه حتى ييبس، وينتشر فلا يمر بزرع إلا اجتاحه وهو من صيد البر وإن كان أصله بحريا وقيل إنه بحرى، منه ما هو كبير الجثة ومنه الصغير الأحمر والأصفر والأبيض. فتح البارى ٥٣٥/٩، ٥٣٦، حياة الحيوان ٣١٠/٢.

الجراد حلال بإجماع أهل العلم[1] ولم يخالف فـــى هــذا أحد. ودليل ذلك ما روى عن عبدالله بن أبى أوفى قال غزونـــا مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم- سبع غزوات نأكل معـــه الجراد[2] .

فجملة نأكل معه يحتمل أن يراد بالمعية مجرد الغزو دون ما تبعه من أكل الجراد ويحتمل أن يريد مع أكله وممـــا يؤيـــد الثانى ما ورد فى رواية – ويأكله معنا[3]

وإذا أكله الصحابة فى وجوده صلى الله عليه وسلم ولـــم ينكره عليهم فهو حلال، وإذا ثبت أكله صلى الله عليه وسلم معهم كان أكد فى الحل.

كما يستدل لحل أكل الجراد أيضا بما روى عن ابن عمـــر قال قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم- " أحل لنا ميتتـــان ودمان فأما الميتتان فالحوت والجـــراد وأمـــا الدمـــان فـــالكبد والطحال"[4].

والصحيح فى هذا الحديث أنه موقوف على ابن عمر وهو فى حكم المرفوع لأن الصحابى إذا قال أحل لنا كـــذا أو حـــرم علينا كذا فهو مثل قوله أمرنا أو نهينا عن كذا.

---

(1) الهداية مع الفتح ٥٠٣/٩، المنتقى ١١٠/٣، المجمـــوع ٢٣/٩، المغنـــى ٥٧٢/٨، السيل الجرار ١٠٠/٤، المحلى ٤٣٧/٧، احكام القـــرآن للجصـــاص ١٥٤/١، البحـــر الزخار ٢٩١/٥.

(2) حديث حسن صحيح الترمذى ٣٢٣/٣٥، الدارمى ٩١/٢، صحيح البخـــارى مـــع الفتح ٥٣٥/٩.

(3) فتح البارى ٥٣٧/٩.

(4) سبق تخريجه.

وبناءاً عليه فإنه يحصل الاستدلال بهذا الحديث على حل أكل الجراد.

كما يستدل على حل الجراد بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان مولعا بأكل الجراد حتى قال فى مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله.[1]

كما يستدل لذلك أيضا بما روى عن أنس قال كن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم يتهادين الجراد فى الأطباق[2]

وقد روى أن مريم سألت لحماً هشاً فرزقت الجراد[3] فكل هذا يدل على حل أكل الجراد وهو قدر متفق عليه بين العلماء[4] غير أنهم اختلفوا فى ذكاته فمنهم من أباحة ولو أخذ ميتا ومنهم من قال لا يحل إلا بذكاة وحاصل خلافهم كالآتى:-

أ - المالكية[5] وهو رواية عن أحمد ويروى عن سعيد بن المسيب[6] وبه قال ربيعة والزهرى[7] لا يؤكل الجراد إلا بذكاة وذكاته أن يفعل به مالا يعيش معه ويتعجل موته كقطع رأس أو

---

(1) المبسوط ٢٢٩/١١.

(2) سنن ابن ماجه ١٠٧٣/٢، سبل السلام ٧٥/٤ وفى اسناده ضعف.

(3) المبسوط ٢٢٩/١١.

(4) قال ابن العربى أن جراد الأندلس لا يؤكل لأنه ضرر محض فإن ثبت أنه يضر أكله بأن يكون فيه سمية تخصه دون غيره من جراد البلاد تعين استثناءه. فتح البارى ٥٣٧/٩، نيل الأوطار ١٤٨/٨.

(5) الشرح الكبير ٢ / ١١٤، المنتقى ٣/ ١١٠.

(6) يراجع المغنى ٨ /٥٧٢.

(7) أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٥٤.

رجل أو إلقائه فى ماء حار أو يشوى، فإن مات من غير سبب منه بعد أن أصطيد لم يؤكل فمجرد أخذه لا يكون ذكاة له.

وقد أستدلوا لمذهبهم هذا بما يلى:

١- قوله تعالى " حُـرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ " ، وهى ما مات من الحيوان حتف أنفه أى بغير ذكاة.

٢- أن هذا من حيوان البر فلم يجر أكله بغير ذكاة أصل ذلك سائر حيوان البر. فلا يكون مجرد أخذه ذكاة.

ب- وذهب الجمهور من أهل العلم(١) وبه قال مطرف من المالكية (٢) .

إلى القول بحل الجراد مطلقا مات بسبب أو بغير سبب، أخذ حيا ثم مات أو أخذه ميتا، وقد احتجوا لذلك بحديث عبدالله بن عمر أحل لنا ميتتان وهما السمك والجراد.

وهو نص في محل الخلاف حيث لم يفرق بين ما مات بسبب أو بغير سبب وقد استعمل الناس هذا الخبر فى إباحة أكل الجراد فوجب استعماله على عمومه من غير شرط القتل.

إذ لم يشترطه النبى صلى الله عليه وسلم.

كما احتجوا بما روى عن عمر لا بأس بالجراد وبما روى عن ابن عمر الجراد ذكى كله وبما روى عن ابن عباس

---

(١) المبسوط ١١ / ٢٢٠، المهذب ١/ ٢٤٩، المجموع ٩/ ٢٣، ٢٤، المغنى ٨/٥٧٢، المحلى ٤٣٧/٧، البحر الزخار ٥/ ٢٩١، السيل الجرار ٤/ ١٠٠، فتح البارى ٩/ ٥٣٦.

(٢) المنتقى ٣/ ١٢٩، فتح البارى ٥٣٨/٩.

فى الجراد لا بأس بأكله[1] فهؤلاء جميعا لم يستثنوا فيه حالا من حال فكان قولهم دليلا على حل الجراد مطلقا.

كما احتجوا بأن الذكاة إنما تعتبر فى الحيوان المقدور عليه وهذا غير مقدور عليه فلم تعتبر فيه ذكاة قياسا على السمك، ولأنه لو أفتقر إلى ذكاة لافتقر إلى ذبح وذابح وآلة كبهيمة الأنعام.

ولأنه مما تباح ميتة فلم يعتبر له سبب لموته. كما يستدل للجمهور بمجموع الأحاديث الواردة فى حل الجراد مطلقا من غير تفريق بين ما مات بسبب أو بغير سبب.

الترجيح:-

مما سبق تبين لنا رجحان ماذهب إليه الجمهور من القول بحل الجراد بأى سبب مات وعلى أى حالة أخذ لقوة أدلتهم ولأن احتجاج المالكية بآية " حُـرِمَةُ عَلَيُكمُ الميتة " مردود بأن هذه الآية مخصوصة بالحديث (أحل لنا ميتتان) وتخصيص القرآن بالسنة جائز.

فإن قيل إن هذا الحديث الأصح أنه موقوف على ابن عمر فلا يصلح لتخصيص الآية،

قلنا : إنه وإن كان موقوفا إلا أنه فى حكم المرفوع لأن قول الصحابى أحل لنا كذا أو حرم علينا كذا مثل قوله أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا وإذا ثبت أنه فى حكم المرفوع حكم لتخصيص الآية كما يؤيده حديث عبدالله ابن ابى أوفى السابق.

---

[1] المحلى ٧ /٤٣٧، نصب الراية ٤ /٢٠٥.

إذا ثبت إباحة أكل الجراد سواء أخذ حيا أو ميتاء مـــات بسبب أو بغير سبب كما هو قول الجمهور فإنه يحل أكله بما فيه فلو أخذه إنسان فقلاه من غير أن يشق بطنه كان ذلك جــائزا ولا شئ فيه.

والله أعلم

ثانيا : النحلة والنملة [1]

يحرم النمل لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتله فيما روى عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وســـلم عن قتل أربع من الدواب النملة والنحلة والهدهد والصرد[2] .

وجه الاستدلا : أنه لو حل أكلها لما نهى عن قتلـــها ولأن ما نهى عن قتله لا تحل ذكاته وقد ذكر الصنعـــانى فـــى سبل السلام ٤ / ٧٦- ان تحريم النملة إجماع.

أما النحلة : -

فالجمهور على القول بتحريمها [3]

مستدلين بالنهى عن قتلها كما فى النملة.

---

[1] النحلة ذباب العسل، واحدة النحل وسميت نحلا لأن الله تعالى نحل الناس بالعســـل الذى يخرج منها إذ النحلة العطية وهو حيوان فهيم ذو كيس وشجاعة ونظر بـــالعواقب ومعرفة بفصول السنة قيل إنه تسعه اصناف. أما النمل فواحده نملـــة والجمـــع نمـــال وأرض نملة ذات نمل وسميت نملة لتتملها وهو كثرة حركتها وقلة قوائمـــها وهـــو لا يتزواج ولا يتناكح إنما سقط منه شئ حقير فى الأرض فينمو حتى يصير بيضا وهـــو عظيم الحيلة فى طلب الرزق . يراجع حياة الحيوان ١٢٤٩، ١٢٩٠.

[2] سبل السلام ٤/ ٧٦، نيل الأوطار ٨ /١٢٦.

[3] المصدرين السابقين، المجموع ٩٤ /١٩، شرح المنتهى ٣٩٧/٣ المحلى ٤٠٥/٧.

ولأنها والنملة من المستخبثات فدخلتا فى عمـــوم قولـــه تعالى " وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ " .

وروى عن بعض السلف إباحة أكلها وهو ظاهر مذهـــب مالك.

لعموم قوله تعالى : " قُــل لآ أَجِدُ فِيمَا أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمــاً .... الآية.

ثالثا : القنفذ[1] :-

من دواب الأرض وهو امها.

وللفقهاء فى حكم أكله قولان:

أولهما : ما ذهب إليه الحنفية [2] والحنابلة [3] والزيدية[4] والإمامية [5] .

أن القنفذ حرام لا يؤكل.

أدلتهم: وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بما يلى:

أ- روى عن عيسى بن نميلة الفزارى عن أبيه قال كنت عنـــد ابن عمر فسئل عن أكل القنفذ فتلا هذه الآيـــة - " قُـــل لاَّ أَجِـــدُ فِيما أُوحَى إِلَىَّ مُحَرَّماً " - الآية فقال شيخ عنده سمعت

---

(1) القنفذ هو واحد القنافذ والأنثى الواحدة قنفذة وهو بضم القاف وسكون النون وضـــم الفاء، وهو نوعان قنفذ يكون بأرض مصر قدر الفأر الكبير وآخر يكون بأرض الشـــام فى قدر الكلب وهو مولع بأكل الأفاعى ولا يتألم بها كله شوك إلا رأسه وبطنه ويديـــه ورجليه. الشرح الكبير مع الدسوقى ٢/ ١١٥، نيل الأوطار ٨/ ١١٧، حياة الحيـــوان ١١١٣/٧.

(2) البدائع ٥ /٣٦، المبسوط ١١ /٢٥٥.

(3) المبدع ٩/ ١٩٧، المغنى ٨/ ٥٨٦.

(4) حدائق الأزهار مع السيل الجرار ٤ / ١٠٦، ١٠٧، البحر الزخار ٥/ ٣٣١.

(5) سبل السلام ٤ / ٧٧، نيل الاوطار ٨ / ١١٨١.

أبا هريرة يقول ذكر عند النبى صلى الله عليه وسلم فقال خبيثة من الخبائث فقال ابن عمر إن كان قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو كما قال[1] .

دل الحديث على تحريم القنفذ حيث سماه النبى - صلى الله عليه وسلم - خبيثة والخبائث محرمة بنص القرآن فيكون هذا الحديث مخصصاً لعموم الآية السابقة.

ب-أن القنفذ يشبه الجرذ والجرذ محرم، فكان مثله لأنه يأكل الحشرات.

جـ- أن القنفذ مما تستخبثه الطباع والخبائث حرام بالنص.

د- أنه لما مسخ على صورته دل على تحريمه؛ لأن المسخ لا يكون على صورة الحلال.

ثانيهما :ما ذهب إليه المالكية [2] والشافعية [3] والظاهرية[4] وهو قول الليث وأبو ثور[5] وابن أبى ليلى [6] أن القنفذ حلال بغير كراهة.

أدلتهم : وقد استدلوا لقولهم هذا بما يلى:

أ-سئل ابن عمر عن القنفذ فتلا قوله تعالى [قُل لاَّ أَجِدُ فيما أوحى إلى محرما]

---

(1) المصدرين السابقين وإسناده ضعيف.
(2) الشرح الكبير مع الدسوقى ٢ / ١١٥.
(3) المهذب ١ / ٢٤٧.
(4) المحلى ٧ / ٤١٠.
(5) نيل الاوطار ٨/ ١١٨.
(6) سبل السلام ٤ / ٧٧.

فكان القنفذ حلالاً لعدم ورود النص بتحريمه ومالم يـــرد نص بتحريمه يكون باقيا على أصل الحل.

وأما حديث ابن نميلة فهو حديث ضعيف لا تقوم به حجـة ولا يقوى على تخصيص عموم الآية،

ووجه ضعفه: أن أهل الحديث أجمعوا عل ضعفـــه قـــال الخطابى إسناده ليس بذاك وقال البيهقى إسناده غير قوى ورواية شيخ مجهول،

وقال ابن حجر فى بلوغ المرام[1] إسناده ضعيف، ضعف من جهة الشيخ المذكور، إذا ثبت هذا لم يكن الحديث حجة فـــى تحريم القنفذ ولاكراهته.

قال الشوكانى[2] : والحاصل أن القول بكراهته فقط غـير صواب لأنه إن كان الدليل على ذلك حديث ابن نميلة فهو يـــدل على التحريم وإن كان غيره فما هو؟

ب-أن الأصل فيما لم يرد فيه نص هو الرجوع إلى العـــرب فان كانوا يستطيبونه فهو حلال وإن كانوا لا يستطيبونه فـــهو حرام والمنقول عنهم أنهم يستطيعون فحل بذلك لقوله تعـالى " وَيحُلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ "

ج-أ،ه ليس من الحيوانات التى تتقـــوى بنابـــها فحـــل أكلـــه كالأرنب.

---

[1] سبل السلام ٤/٧٧.
[2] السيل الجرار ٤ /١٠٦، ١٠٧.

الترجيح: :-

مما سبق تبين لنا أنه لم يرد فى تحريم القنفذ دليل صحيح والأصل فيما لم يرد فيه نص بالتحريم الحل لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال:

(الحلال ما أحل الله فى كتابه والحرام ما حرم الله فى كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا لكم عنه) [1] لذلك أجدنى أميل إلى القول الثانى القائل بحل أكل القنفذ لتمشية مع الأصل ولا تساقه مع عموم قوله تعالى " خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً " وقوله " كُلُواْ مِن طَيِّبَاتِ ما رَزَقْنَاكُمْ " .

رابعا : الضب: [2]

من هوام الأرض وصغار دوابها. وللفقهاء فى حكم أكله قولين:

القول الأول:

وذهب إليه الحنفية [3] والثورى[4] وهو مروى عن على بن ابى طالب [5] وبه قال الزيدية[6] يكره أكل الضب[7].

---

(1) سبق تخريجه.

(2) هو دويبة تشبه الجزذون لكنه أكبر منه قليلا ويقال للأنثى ضبة وجمعه أضب وضباب وضبان قال ابن خالوية إنه يعيش سبعمائة سنة وأنه لا يشرب الماء ويبول فى كل أربعين يوما قطرة، وهو من جنس الزواحف من رتبة العظا غليظ الجسم خشنة وله ذنب عريض حرش، كثير فى صحارى الأقطار العربية، وهو يشبه التمساح الصغير. حياة الحيوان ٧٨٧، المعجم الوسيط ٥٥٢/١، فتح البارى ٥٨٠/٩، نيل الاوطار ٨ / ١١٩، المهذب ٢٤٧/١.

(3) المبسوط ١١ /٢٣٢، البدائع ٣٦/٥، ٣٧، العناية على الهداية ٩ /٥٠٠، ٥٠١.

(4) المغنى ٨ / ٦٠٣.

(5) فتح البارى ٥٨٢/٩، نيل الاوطار ٨ /١٢٠.

(6) السيل الجرار ١٠٤/٤، البحر الزخار ٥/ ٣٣٦.

(7) نقل عن أكثر الحنفية القول بكراهة التنزية وعن بعضهم التحريم نيل الاوطار ٨ / ١٢٠ ، فتح البارى ٩ /٥٨٤.

الأدلة:-

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة والآثار.

١- القرآن :-

استدلوا من القرآن بقوله تعالى [وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ] والضب من الخبائث فكان محرما بنص القرآن.

٢- من السنة :

استدلوا من السنة بما يلي:

أ- روى عن عائشة أنه أهدى إلى النبى صلى الله عليه وسلم ضب فلم يأكله فقام عليهم سائل فأرادت عائشة أن تعطيه فقال لها أتعطينه مالا تأكلين.[1]

دل الحديث على كراهته لنفسه ولغيره؛ لأنه لو كان امتناعه صلى الله عليه وسلم من أكله لكون نفسه تعافه فقط لما منع عائشة من التصدق به.

ب-روى عن جابر قال أتى النبى صلى الله عليه وسلم بضب فأبى أن يأكل منه وقال (لا أدرى لعله من القرون التى مسخت)[2]

ج-روى أن أعرابيا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال إنى فى غائط مضبة وإنه عامة طعام أهلى قال فلم يجبه فقلنا عاوده فلم يجبه ثلاثا ثم ناداه رسول الله -صلى الله عليه

---

(١) فتح البارى ٩ /٥٨٤.

(٢) نيل الأوطار ٨ / ١١٩، فتح البارى ٩ / ٥٨٤. سنة أبى داود رقم ٣٧٩٥.

وسلم- فى الثالثة فقال يا أعرابى إن الله لعن أو غضب على سبط من بن إسرائيل فمسخهم دوابا يدبون فى الأرض، ولا أدرى لعل هذا منها فلم أكلها ولا أنهى عنها[1]

د-روى عن عبدالرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزاة فأصابتنا مجاعة فوجدنا ضبابا فبينا القدور تغلى بالضباب خرج علينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال إن أمة من بنى إسرائيل مسخت وإنى أخاف أن تكون هذه فاكفئوها فألقينا بها) [2] .

ه-روى عن عبدالرحمن بن شبل أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحم الضب[3] .

من كل هذه الروايات يستفاد تحريم أكل لحم الضب لأنه نهى عنه والنهى يفيد التحريم، ولأنه من المسوخ والمسوخ محرمة.

٣- أما الآثار : فقد روى عن على أنه كره الضب[4] وكذا روى عن أبى الزبير أنه سأل جابر عن الضب فقال لا تطعموه[5]

---

(1) نيل الأوطار ٨ /١١٩، ابن ماجة ٢ / ١٠٧٩، كما أخرجه الترمذى ٣٠٨/٣، بلفظ سئل رسول الله عليه وسلم عن أكل الضب فقال لا آكله ولا أحرمه.

(2) المحلى ٧/ ٤٣١، فتح البارى ٥٨٣/٩، نيل الأوطار ١٢٠/٨، سبل السلام ٧٩/٤،

(3) المصادر السابقة قال الزيلعى فى نصب الراية ١٩٥/٤، ضعيف الإسناد.

(4) المحلى ٧ / ٤٣١، نيل الاوطار ٨/ ١٢٠.

(5) المحلى ٧ /٤٣١.

القول الثانى :-

وقد استدل الجمهور لمذهبهم هذا بما يلى:

١-روى عن خالد بن الوليد أنه دخل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت ميمونة فأتى بضب محنوذ فأهوى اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده فقال بعض النسوة أخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما يريد أن يأكل فقالوا هو ضب يا رسول الله فرفع يده فقلت أحرام هو يا رسول الله؟ فقال لا ولكن لم يكن بأرض قومى فأجدنى أعافه قال خالد فاجتررته فأكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر[١] .

٢- وبما روى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان معه ناس فيهم سعد فأتوا بلحم ضب فنادت امرأة من نسائه إنه لحم ضب فقال رسول الله صلى اللى عليه وسلم كلوا فإنه حلال ولكنه ليس من طعامى[٢] .

وجه الدلالة من الحديثين :-

يستدل من الحديث الأول على حل أكل الضب من وجوه:

الأول : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفى الحرمة عنه، وما نفى عنه الحرمة فهو حلال.

الثانى: أن الرسول صلى الله عليه وسلم بين السبب الذى ترك أكل الضب من أجله وهو أن نفسه تعافه، فإذا لم يكن الترك من جهه تحريمه دل ذلك على أنه ترك مباحا عافته نفسه ولم

---

[١] فتح البارى وصحيح البخارى ٩/ ٥٨٠، نيل الأوطار ٨/ ١١٨، نصب الراية ٤/ ١٩٥.

[٢] المصادر السابقة.

يشتهيه، ولو عاف خبزا أو لحما أو تمرا أو غير ذلك كان ذلك شيئا من الطباع لا محرما لما عاف.

أما الحديث الثانى: فهو يدل على ما دل عليه الحديث الأول وزيادة حيث جاء بصيغة الأمر بالأكل وبيان أنه حلال لمن أراد أكله وهذه أوضح صيغة فى بيان الحل وهذا هو المطلوب.

٣- روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لخالد وابن عباس حين سأله عن الضب أحرام هو [كلا فإننى يحضرنى من الله حاضرة[1]] ،

قالوا يعنى الملائكة وكان للحم الضب ريحٌ فترك أكله لأجل ريحه كما ترك أكل الثوم مع كونه حلالا، وعلى هذا يكون لترك النبى صلى الله عليه وسلم الأكل من الضب سببان الأول أنه لم يكن بأرض قومه، الثانى أنه تركه لأجل ريحه، وعلى كلا الحالين فلم يكن الترك بسبب التحريم كما قال البعض وهو المطلوب.

٤- روى عن جابر أن عمر بن الخطاب قال فى الضب إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحرمه، وإن عمر قال إن الله لينفع به غير واحد وإنما طعام عامة الرعاء منه ولو كان عندى طعمته[2] .

---

(1) فتح البارى ٥٨٢/٩، الحاوى الكبير ١٥ / ١٣٩.

(2) نيل الاوطار ٨ /١٨.

٥-روى عن أبى سعيد قال كنا معشر أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لأن يهدى إلى أحد ناضب أحب إليه من دجاجة وقال عمر مايسرنى أن مكان كل ضب دجاجة سمينة ولوددت أن فى كل حجر ضب ضببين[1]

فهذه الآثار تدل على أن معظم صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم يرون إباحة الضب ولم ينقل عن أحد منهم الكراهة إلا ما روى عن على بن ابى طالب كما ذكرنا سابقا ولولا ذلك لكان هذا إجماعا من الصحابة على القول بالحل.

٦- أن الأصل الحل ولم يوجد المحرم فبقى على الإباحة.

المناقشة و الترجيح: -

إذا أردنا أن نعرف الرأى الراجح من الرأيين السابقين فعلينا أن نناقش أولا أدلة القولين فنقول وبالله التوفيق.

ناقش الحنفية أدلة الجمهور بما يلى:

أ- أن أحاديث الإباحة وإن كانت صحيحة فهى محمولة على أن ذلك كان قبل ثبوت الحرمة، وإذا كانت أحاديث الإباحة سابقة كانت أحاديث الحرمة ناسخة.

ب-وعلى فرض عدم معرفة السابق منهما وأن أحاديث الإباحة معارضة بأحاديث التحريم فالأصل أنه إذا تعارض الدليل الحاظر والمبيح فإنه يغلب الموجب للحظر ويكون العمل بأدلة الحظر مقدم على أدلة الإباحة وهو المدعى[2]

أما الجمهور فقد ردوا أدلة الحنفية بما يلى:

---

[1] المغنى ٨/ ٦٠٣، المحلى ٧/ ٤٣٢.

[2] المبسوط ١١ / ٢٣١، العناية على الهداية ٩ / ٥٠، ٥٠١.

أ-أما حديث عائشة فلا يدل على كراهته لنفسه ولا لغيره كما قال الحنفية، قال الطحاوى[1] إن هذا يحتمل أن يكون من جنس ما قال الله تعالى : " لستم بآخذيه إلا أن تغمضوا فيه" فقد كره الصدقة بالردئ من المال فهنا مثله يحتمل أن يكون كره لعائشة أن تتصدق به على أنه من الردئ من الطعام لا لكونه محرما فقد كان صلى الله عليه وسلم يحب الإنفاق من الجيد ومما يحب من المال.

ب- أما الأحاديث التى يفهم منها النهى عن الضب أو كراهته لأنه مما مسخ فهى محمولة على أن ذلك منه صلى الله عليه وسلم قبل أن يعلم بأن الممسوخ لا نسل له، فلما علم بذلك لم ينه عنه، روى عن عبدالله بن مسعود قال سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن القردة والخنازير أهى مما مسخ فقال إن الله لم يهلك قوما - أو يمسخ قوما- فيجعل لهم نسلا ولا عاقبة[2] .

ج-حديث عبدالرحمن بن حسنة الذى جاء فيه الأمر بإكفاء القدور بالضباب وإن كان صحيحا إلا أنه منسوخ بحديث خالد ابن الوليد وابن عباس ووجه ذلك.

أن ابن عباس لم يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المدينة إلا بعد انقضاء غزوة الفتح وحنين والطائف ولم يغز عليه السلام بعدها الا تبوك ولم تصبهم فيها مجاعة أصلا.

---

[1] فتح البارى ٥٨٤/٩، نيل الاوطار ٨ / ١٢٠.
[2] فتح البارى ٩ / ٥٨٤، سبل السلام ٤ /٧٩، الطحاوى ٤/ .

فإذا ثبت أن خبرا بن عباس متأخرا عن خبر عبدالرحمن ابن حسنة كان ناسخا له[1] .

د-اما حديث عبدالرحمن بن شبل فهو ضعيف لا تقوم به حجة قال الزيلعى[2] قال المنذرى فى مختصره وإسماعيل ابن عياش وضمضم فيهما مقال، وقال الخطابى ليس إسناده بذاك، وقال البيهقى لم يثبت إسناده إنما تفرد به إسماعيل ابن عياش وليس بحجة،

وقال ابن حزم [3] حديث ابن شبل فيه ضعفاء ومجهولون فسقط.

الترجيح:-

بعد هذه المناقشة للأدلة يتبين لنا صحة ما استدل به الجمهور على حل أكل الضب، كما تبين لنا صحة بعض أدلة الحنفية القاضية بالكراهة كحديث عبدالرحمن بن حسنة، وكذلك حديث ابن شبل وإن ضعفه البعض إلا أن أبن حجر[4] قال إن حديث ابن عياش عن الشاميين قوى وهؤلاء شاميون ثقلت، وإن ما ذكر من ضعفه فهو تساهل لأن رواية عياش عن الشاميين قوية عند البخارى وقد صحح الترمذى بعضها، وبهذا تبين صحة بعض أحاديث الحنفية فى النهى عن أكل الضب وبهذا تتعارض

(1) المحلى ٧/ ٤٣٢.
(2) نصب الراية ٤ / ١١٥.
(3) المحلى ٧ /٤٣١.
(4) فتح البارى ٥٨٣/٩.

الأحاديث فلا يبقى إلا الجمع بينها إن أمكن أو الترجيح والقول بالجمع عند إمكانه أولى من الترجيح.

وكيفية الترجيح: .

أن يحمل النهى عن أكل الضب على أول الحال عند تجويز أن يكون مما مسخ وحينئذ أمر بإكفاء القدور ثم توقف فلم يأمر به ولم ينه عنه،

ثم يحمل الإذن فيه وإباحته على ثانى الحال لما علم أن الممسوخ لا نسل له، وبعد ذلك كان يستقذره فلا يأكله ولا يحرمه، وأكل على مائدته فدل على الإباحة وتكون الكراهة للتنزيه فى حق من يتقذره وتحمل أحاديث الإباحة على من لا يتقذره[1] .

وبناء على ما سبق فإن آخر الأمرين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إباحة الضب فمن استطابته نفسه أكله ولا كراهة فى ذلك ومن عافته نفسه امتنع عن اكله لكن لا لحرمته بل لعدم ميول نفسه اليه.

والله سبحانه أعلم

---

[1] المصدر السابق.

خامسا : كل حشرات الأرض وهوامها غير ما ذكر:-

سبق أن ذكرنا أن حشرات الأرض وهوامها كثيرة. وقد تحدثنا عن بعضها فى مسائل مستقلة لاختلاف الفقهاء فى أحكامها.

أما ما عدا ما ذكرنا من الحشرات والهوام[1] - كالديدان والجعلان وبنات وردان والخنافس والعظاءة والعقارب والحيات

---

[1] الجعلان مفردة جعل بكسر الجيم وسكون العين والناس يسمونه الجعران وهو اكبر من الخنفساء شديد السواد فى بطنه لون حمرة، والديدان جمع دود والتصغير دويد وهو أنواع كثيرة يدخل فيها الارقة ودود الخل والزبل ودود الفاكهة والقذ، ومنه ما يولد فى جوف الإنسان.

وأما بنات وردان بفتح الواو دويبة تتولد فى الأماكن الندية وأكثرما تكون فى الحمامات منها الأسود والأحمر والأبيض وهى تألف الحشوش- أى مكان قضاء الحاجة.

وأما الخنافس فمفردها خنفساء وهى دويبة سوداء أصغر من الجعل منتنه الريح تتولد من عفونة الأرض وبينها وبين العقرب صداقة وهى أنواع منها الجعل وحمار قبان وبنات وردان.

وأما العظاءة بالظاء المعجمة المفتوحة والمد فهى دويبة أكبر من الوزغ تشبه سام أبرص إلا أنها أحسن منه ولا تؤذى وهى أنواع كثيرة منها الأبيض والأحمر والأصفر والأخضر بحسب مساكنها. وتسمى فى مصر بالسحلية.وأما العقرب فهى دويبة من الهوام واحدة العقارب منها السود والخضر والصفر وهن قواتل وأشدها بلاء الخضراء وهى كثيرة الولد، لها ثمانية أرجل وعيناها فى ظهرها.

وأما الحية فهو اسم يطلق على الذكر والأنثى وهى أنواع منها الرقشاء وهى التى فيها نقط سود وبيض ويقال لها الرقطاء وهى من أخبث الأفاعى ومنها الأزعر ومنها ما هو أزب ذو شعر ومنها ذوات القرون ومنها الشجاع ومنها الأصلة ومنها الصل ومنها ذو الطفتين والأبتر ومن صفاتها أنها تسلخ جلدها وتبيض ثلاثين بيضة وأما الوزغ فأنواع كثيرة من أكبرها سام ابرص وهو من الحشرات المؤذيات قيل إنه أصم وهو يلقح بفيه ويبيض كالحيات. وأما الدبر فهو الزنابير ويجمع على دبور. يراجع حياة الحيوان صفحات ٤٠٠،٤٧٥، ٧٣٦، ٩٧، ٦٧٠، ٨٦٩، ٨٩١٤، ١٣٥٢.

والذباب والفأر والقراد والأوزاغ والعناكب والدبر والقمل والبراغيث والبق وغيرها فللفقهاء فيها قولان.

القول الأول: وذهب إليه المالكية[1] وابن أبى ليلى الأوزاعي[2] أن هذه الحشرات والهوام مكروهة غير محرمة[3] وعلى هذا يجوز أكلها لكن مع الكراهة التنزيهية.

وقد استدلوا لمذهبهم هذا بما يلى:

أ-قوله تعالى : " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه الآية.

فالأية نصبت على المحرمات فلا يحرم غير المذكور فيها وحشرات الأرض ليست مما ذكر فيها فكانت خارجة عن محل التحريم.

ب- روى عن ملقام بن تلب عن أبيه قال صحبت النبى صلى الله عليه وسلم فلم أسمع لحشرات الأرض تحريما[4] .

فهذا الحديث يؤيد القول بأن الأصل حل ما لم يرد دليل بتحريمه، وحشرات الأرض لم يرد دليل بتحريمها، حيث لم يذكر فيها النبى صلى الله عليه وسلم تحريماً أو تحليلاً فتكون باقية على الأصل وهو الحل حتى يقوم دليل على التحريم.

جـ- أنها ليست من بهيمة الأنعمام ولا الطير ولا السمك.

---

(1) الشرح الكبير ٢ /١١٥، المنتقى ١٣٢/٣.

(2) المغنى ٨ /٥٨٥.

(3) للمالكية فى الفأر ثلاث روايات- إحداها التحريم مطلقا، ثانيها الكراهة مطلقا، ثالثها كراهة ما يصل إلى النجاسة وعدم كراهة ما لا يصل اليها- الشرح الكبير مع الدسوقى ٢ /١١٥.

(4) نيل الاوطار ٨ /١١٨، سنن أبى داود رقم ٣٧٩٨.

د- أنه لم يقم دليل على تحريمها.

أما دليلهم على أنها تكره كراهة تنزيه.

فهو أن هذه الحشرات من الهوام فكره أكلها لغير ضرورة، ولأن الحية والعقرب والدبر فى معنى السباع يكره أكلها كما يكره أكل لحوم السباع، ويحتمل أن تكون مكروهة لما فيها من السم مخافة على أكلها.

القول الثاني:-

أن هذه الحشرات محرمة لا يحل أكلها.

وقد ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم[١]

وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة منها:-

أ-قوله تعالى [ويحرم عليهم الخبائث] وهذه الحشرات والهوام مما تستخبثه العرب فكان داخلا فى عموم الآية فيحرم.

ب-قوله تعالى [حرمت عليكم الميتة] إلى قوله [إلا ما ذكيتم].

وقد صح أن الذكاة فى المقدور عليه لا تكون إلا فى الحلق أو الصدر، فما لم يقدر على ذكاته فلا سبيل إلى أكله إذ هو حرام فامتنع أكله إلا ميتة غير مذكى، كالسمك والجراد.

ج-ما روى عن سعد بن أبى وقاص أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الوزغ وسماه فويسقا[٢] ، فالأمر بقتله دليل على حرمته، لأنه لو حل أكله لكان فى قتله إضاعة للمال

---

[١] الهداية مع الفتح ٩ /٥٠٠، ٥٠١ ، المجموع ٩/١٦، ١٧، ١٩، المبدع ٩/١٩٧، شرح المنتهى ٣ / ٣٩٧، المحلى ٧/٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦.

[٢] منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٨/١٢٤، ابن ماجة ٢ /١٠٧٦.

وهو منهى عنه ثم إن النبى صلى الله عليه وسلم سماه فويسقا والفسق محرم.

د-ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا وقع الذباب فى إناء أحدكم فليغمسه كله ثم ليطرحه[1] ، فقد أمر بطرحه ولو كان حلالا أكله ما أمر بطرحه.

هـ- روى عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم الحية والغراب الابقع والفأرة والكلب العقور والحرباء[2]

وكل ما أمر النبى صلى الله عليه وسلم بقتله لا تحل ذكاته لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن إضاعة المال، ولو كانت هذه الاشياء من الصيد المباح لم يبح قتلها،

ولأن الله قال- ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم - وقال - وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما"

و-أن الحية مما له ناب فتدخل فى عموم النهى عن كل ذى ناب من السباع.

ز-أن ما لم يرد فيه نص بحل أو حرمة يرجع فيه إلى استخباث الطباع أو استطابتها لقوله تعالى : " ويحرم عليهم الخبائث" وهذه الحشرات مما تستخبثها الطباع فكانت محرمة.

الترجيح :

بعد هذا العرض للآراء والأدلة فإننى أجد نفسى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من القول بحرمة هذه الحشرات والهوام لما ذكروه من أدلة ولما يأتى:-

---

[1] فتح البارى ١٠ /٢٦١، ابن ماجة ٢ /١١٥٩.

[2] سبق تخريجه.

١-أن استدلال أصحاب القول الأول بالآية لا حجة فيه، إذ معناها لا أجد فيما أوحى إلى محرما مما كنتم تأكلون وتستطيبون قال الشافعى وهذا أولى معانى الآية استدلالا بالسنة.

٢-أما استدلالهم بحديث القتب فمردود من وجهين:-

الأول : أنه ضعيف قال البيهقى إسناده غير قوى. وقال النسائى ينبغى أن يكون ملقام بن التلب ليس بالمشهور[١] وقال ابن حزم[٢] إن غالب بن حجرة والملقام مجهولان.

الثانى: أنه لم سلم بصحته فلا حجة فيه لأنه ليس من لم يسمع حجة على ما قام به برهان النص، فعدم السماع لا يستلزم عدم ورود دليل.

وأما استدلال الجمهور بالأمر بالقتل تارة أو بالنهى عن القتل تارة أخرى على عدم الحل فقد سبق أن ذكرنا أن هذا الاستدلال موضع نظر.

ومما يرجح مذهب الجمهور هو أن هذه الحشرات الهوام مما تستخبثه النفوس، وتستبعد أكلها الطباع السليمة، وما كان كذلك كان داخلا فى عموم قوله تعالى :" ويحرم عليهم الخبائث- فالحشرات والهوام محرمة لهذا.

والله أعلم

---

(١) نيل الاوطار ٨ /١١٨.

(٢) المحلى ٧/٤٠٥،٤٠٦.

المبحث السابع
فى الذكاة

مما لا خلاف فيه بين أهل العلم أنه لا يحل أكل شئ مما يحل أكله من حيوان البر طائره ودارجه إلا بذكاة[1]- حاشا الجراد وحيوان البحر وقد سبق بيان حكمهما.

ودليل ذلك قوله تعالى – [حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطحية وما أكل السبع إلا ما ذكيتم] ، فقد أستثنى سبحانه وتعالى الذكى من المحرم والاستثناء من التحريم إباحة فكان المذكى حلالا وغيره حراما.

---

(1) الذكاة فى اللغة الذبح وكذلك التذكية، والذكاة فى اللغة تمام الشئ وكماله ومنه الذكاء فى الفهم وهو تمامه، ومنه الذكاة فى السن ويقال ذكيت النار أى أتممت إشعالها، وذكى الحيوان ذبحه وكذلك " إلا ما ذكيتم أى ذبحتموه على التمام فمعنى ذكيتم أدركتم ذكاته على التمام .
النظم المستعذب ١/٢٥١، التفسير الكبير ٥/٥٥٨. قال القرطبى فى تفسيره ٣/٢١٥١، ذكيت الذبيحة أذكيها مشتقة من التطيب يقال رائحة ذكية فالحيوان إذا أسيل دمه فقد طيب لأنه يتسارع إليه التجفيف، فالذكاة فى الذبيحة تطهير لها وإباحة، يراجع حاشية الشيخ عميرة ٤/٢٣٩.
وقد عرف المالكية الذكاة فى الشرع بأنها عبارة عن إنهار الدم وفرى الأوداج فى المذبوح، والنحر فى المنحور والعقر فى غير المقدور مقرونا بنية القصد لله وذكره عليه.
يراجع أحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢١٥١.
وعرفها الحنفية بأنها تسييل الدم الفاسد النجس المبسوط ١١/٢٢١. وعرفها الشافعية بأنها ذبح فى الحلق واللبة إن قدر عليه وإلا فبعقر مزهق حيث كان- شرح المحلى على المنهاج ٤ /٢٤٠ وعرفها الحنابلة بأنها ذبح أونحر حيوان مقدور عليه مباح أكله يعيش فى البر لا جراد ونحوه بقطع حلقوم ومرئ أو عقر ممتنع. شرح منتهى الارادات ٣ /٤٠٤.

ثم إن الحرمة فى الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح وأنه لا يزول إلا بالذكاة ولأن الشرع إنما ورد بإحلال الطيبات قال تعالى (قل أحل لكم الطيبات] – وقوله [ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث] واللحم لا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذكاة.

ولهذا حرمت الميتة لأن المحرم فيها وهو الدم المسفوح قائم ولذا لا يطيب مع قيامه-لأنه يفسد فى أدنى مدة ما يفسد فى مثلها المذبوح.

وقد اشترط الفقهاء الذكاة فيما يحل أكله من حيوان البر؛ لأن ما لا يحل أكله لا تعمل فيه الذكاة فحتى لو ذكى لا يحل أكله وهذا محل اتفاق أهل العلم وإن اختلفوا فى عمل الذكاة فيها من حيث طهارة جلودها بذلك[1] ثم إن الفقهاء مجمعون على أن الصيد إذا أدركه صاحبه قبل موته وفيه حياة مستقره فإنه لا يحل

---

[1] اختلف الفقهاء فى طهارة جلود الحيوانات المحرمة بالذكاة فذهب مالك وأبو حنيفة إلى طهارتها بالذكاة ولم يستثنوا من ذلك إلا الخنزير لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال دباغ الأديم ذكاته) أى كذكاته فشبه الدبغ بالذكاة والمشبه به أقوى من المشبه، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يطهر بذلك؛ لأن الدبغ إنما يؤثر فى مأكول اللحم فكذلك ماشبه به، ثم إن الدبغ مزيل للخبث والرطوبات ومطيب للجلد على وجه لا يتغير، والذكاة لا يحصل بها ذلك فلا يستغنى بها عن الدبغ. يراجع البدائع ١/٨٦، بداية المجتهد ١/ ٤٤١، المهذب ١ /١١، المغنى ١ /٧١.

قال ابن رشد فى بداية المجتهد ١ /٤٤١ وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم فى الحلية والحرمة أم ليست بتابعة له فمن قال: إنها تابعة للحم قال إذا لم تعمل الذكاة فى اللحم لم تعمل فيما سواه، ومن رأى أنها ليست بتابعة قال وإن لم تعمل فى اللحم فإنها تعمل فى سائر أجزاء الحيوان لأن الأصل أنها تعمل فى جميع الأجزاء لكن ارتفع عملها فى اللحم بالدليل المحرم فيبقى عملها فى سائر الأجزاء إلا أن يدل الدليل على المنع أ هـ.

إلا بذكاة كما اتفقوا على حل أكله بغير ذكاة إن أدركه ميتا لكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك[1]

إذا تقرر أن الذكاة شرط فى حل أكل الحيوان المأكول البرى كان لابد من التعرض لدراسة بعض أحكام الذكاة بما يحقق الغرض من هذا البحث وذلك فى جملة مطالب.

المطلب الأول : فى أنواع الذكاة.

المطلب الثانى : فى صفة الذكاة.

المطلب الثالث : فى آلة الذكاة

المطلب الرابع : فى التسمية على الذبح

المطلب الخامس : فى ذبائح أهل الكتاب.

المطلب السادس : فى ذكاة الأضطرار

المطلب السابع : فى ذكاة الجنين.

---

[1] من رمى صيدا أو أرسل عليه كلبه المعلم فعقره ولم يقتله فإن أدركه ولم يبق فيه حياة مستقرة بأن كانت حياته كحياة المذبوح فهذا يباح من غير ذبح بالاتفاق لأن الذكاة فى مثل هذا لا تفيد، وكذلك إذا لم يدركه حيا بأن مات قبل إدراكه أما إن أدركه وفيه حياة مستقرة فلم يذبحه حتى مات رغم تمكنه من ذبحه لم يحل فى قولهم جميعا لأنه فى حكم الحى الذى ترك تذكيته مع القدرة عليها فأشبه غير الصيد ولما جاء فى حديث عدى بن حاتم (وإن أدركته حيا فاذبحه). وإن كان فيه حياة مستقرة لكن لم يتسع الزمان لذكاته فإنه يحل عند المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية ويقوم عقره مقام الذكاة له. ويرى الحنفية أنه لا يحل لأنه أدركه حيا حياة مستقرة فتعلقت اباحته بتذكيرة، كما لو اتسع الزمان ، يراجع البدائع ٥/٥١، بداية المجتهد ١/١٥٨، ١٥٩، المهذب ١/٢٥٤، المغنى ٨/ ٥٤٧، البحر الزخاره /٩٦.

المطلب الأول
فى أنـواع الذكـاة

مما لا خلاف فيه أن الذكاة فى الحيوان المأكول إما ذبح وإما نحر[1] وإما عقر فى غير المقدور عليه وأن الأصل فى الإبل هو النحر وأن الأصل فى البقر والغنم والطير هو الذبح[2] وذلك كله فى حالة الاختيار.

ودليل ذلك قوله تعالى " فصل لربك وانحر " - وقوله " إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة" وما ثبت من فعله صلى الله عليه وسلم [حيث ضحى بكبشين أقرنن ذبحهما بيده] فإن ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح ولم يكن هناك ضرورة لذلك فقد اختلف الفقهاء فى جواز ذلك وعدم جوازه إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول :وذهب إليه مالك[3]

أنه لا يجزئ فى الإبل إلا النحر ولا يجزئ فى الغنم إلا الذبح بمعنى أنه لا يجوز ذبح ما ينحر ولا نحر ما يذبح، فإن فعل ذلك حرمت هذه الذبيحة ولا تؤكل.

وقد استدل لهذا القول بما يلى:-

---

(1) الذبح هو فرى الأوداج، ومحله ما بين اللبة واللحيين، والنحر هو فرى الأوداج ومحله آخر الحلق وذلك بأن يضربها بحرية أو نحوها فى الوهدة التى بين أصل عنقها وصدرها. البدائع ٥/٤١، المغنى ٨/٥٧٦.

(2) يرى المالكية أن البقر وشبهه كالجاموس وبقر الوحش إذا قدر عليه وحمار الوحش والتيتل والخيل على القول بحلها يجوز فيها الذبح والنحر وإن كان يندب فيها الذبح فإن نحرت أوذبحت كانت حلالا. الدسوقى والشرح الكبير ٢ /١٠٧، بداية المجتهد ١/ ٤٤٤.

(3) بداية المجتهد ١ /٤٤٤، الشرح الكبير مع الدسوقى ٢ /١٠٧.

١-قوله تعالى (إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة).

فقد ذكر الله الذبح فى البقر وهو أمر والأمر يفيد الوجوب. ويمكن أن يناقش هذا بأنهم أول مخالف له حيث يجيزون فى البقر النحر والذبح جميعا.

ثم إن هذا أمر لبنى إسرائيل وليس لنا فلا يلزمنا العمل به.

٢-كما استدلوا بقوله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) الصافات آية ١٠٧.

فالذبح بمعنى المذبوح وهو الكبش الذى فدى الله به سيدنا إسماعيل ، فدل على أن الأصل فى الغنم هو الذبح لا يجوز فيها غيره.

٣- ثم إنه قد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نحر الإبل بمنى[1] وذبح الكبشين إذ ضحى بهما [2]

فدل فعله صلى الله عليه وسلم على أن السنة فيهما ذلك فلا تجوز مخالفته إذ نحن مأمورون باتباعه والاقتداء به فى أفعاله كأقواله صلى الله عليه وسلم إذ الأحكام تؤخذ من جهته.

٤-أن أعناق الإبل طويلة وجلدها غليظ فإذا ذبحت فإنها تعذب بخروج روحها وقد نهينا عن تعذيب الحيوان بقوله صلى الله عليه وسلم " إذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة

---

[1] روى عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال نحرت ها هنا ومنى كلها منحرفا نحروا فى رحالكم. نصب الراية ٣ / ١٦٣، سبل السلام ٢ / ٢٠٣.

[2] حسن صحيح الترمذى ٣ / ١٦٣، ابن ماجة ٢ / ١٠٤٣، نصب الراية للزيلعى ٣ /١٥١، ١٥٢، ٤/ ٢١٥.

وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته" [1] إذا ثبت هذا كان النحر فى الإبل واجبا فلا يجوز غيره.

القول الثانى: وذهب إليه الحنفية[2] وبه قال أشهب من المالكية[3] أنه إن نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر فإنه يؤكل لكن من الكراهة.

وقد استدلوا لذلك بما يلى:-

أ- أن الله ذكر فى الإبل النحر وفى البقر والغنم الذبح قال سبحانه (فصل لربكَ وانحر) الكوثر آية٢.

قيل فى التأويل أى انحر الجزور.

وقال فى البقرة (إِنَّ الله يَأْمُرُكُمُ أَن تَذْبَحُواْ بَقَرَةً) ٦٧ البقرة وقال فى الغنم " وفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ".

ب- أن النبى صلى الله عليه وسلم نحر الإبل وذبح البقر والغنم فدل أن ذلك هو السنة.

ج- أن صحابة النبى صلى الله عليه وسلم كانوا ينحرون الإبل قياما معقولة الرجل اليسرى.

فدل ذلك على أن النحر فى الإبل هو السنة.

د- أن الأصل فى الذكاة إنما هو الأسهل على الحيوان، وما فيه نوع راحة له فهو أفضل، والأسهل فى الإبل النحر لخلو لبتها عن اللحم واجتماع اللحم فيما سواه من حلقها.

---

[1] نصب الراية ٤/ ١٧٨، الترغيب والترهيب ٢ / ١٠٣، ابن ماجة ٢ / ١٠٥٨، سنن الدرامى ٢ /٨٢.

[2] البدائع ٥ /٤١.

[3] بداية المجتهد ٤٤٤/١.

إذا ثبت هذا كان الأفضل فى الإبل هو النحر وفى البقر والغنم الذبح فإن خالف فى ذلك لم يؤثر فى حل الأكل لوجود فرى الأوداج لكن مع الكراهة لمخالفته للسنة.

القول الثالث : وذهب إليه عامة العلماء[1]

أنه يجوز نحر ما يذبح وذبح ما ينحر بغير كراهة.

أدلتهم:-

استدل للجمهور بما يلى :-

١- عموم قوله تعالى (إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ) والذكاة فى اللغة الشق وسواء كان ذلك بالذبح أو النحر.

٢- عموم قوله صلى الله عليه وسلم (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا) [2]

وفى رواية (ما انهر الدم وفرى الأوداج فكل) [3]

ففى كل هذه الروايات عموم حيث لم يخص ذبحا من نحر ولا نحرا من ذبح فصح أن الكل مراد.

٣- روى عن أسماء أنها قالت نحرنا فرسا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ونحن بالمدينة) [4]

---

[1] المصادر السابقة، شرح المحلى على المنهاج ٤ /٢٤٣، المغنى ٨/٥٧٧، المحلى ٧/ ٤٤٥، ٥٤٦، البحر الزخار ٥ / ٣٠٥.

[2] نصب الراية ٤/ ١٨٦، منتقى الأخبار ٨ / ١٤١، فتح البارى ٩ /٥٣٨، ٥٣٩.

[3] روى فى الموطأ مع الزرقانى ٣ / ٨٢ موقوفا على ابن عباس وروى فىنصب الراية ٤ /١٨٦ بلفظ كل ما أنهر الدم وفرى الأوداج .

[4] وفى رواية عنها ذبحنا فرسا. يراجع فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٩ /٥٥٦، منتقى الأخبار ٨ / ١٤٣، ابن ماجه ٢ / ١٠٦٤، الدرامى ٢ /٨٧.

٤- روى عن عائشة قالت ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع البقرة عن أزواجه[١] فقد ثبت من هذه الروايات أن الرسول صلىالله عليه وسلم ذبح البقرة وكذلك الصحابة فيعهده نحروا الفرس وهو مما يذبح ولو كان غير جائز ما فعله الرسول ولما أقر أصحابه على فعله.

٥- روى عن البراء بن عازب قال رسول الله صلىالله عليه وسلم إن أول ما نبدأ به فى يومنا هذا أن نصلى ثم نرجع فننحر فمن فعل ذلك فقد أصاب سنتنا ومن ذبح قبل ذلك فإنما هو لحم قدمه لأهله[٢]

٦- روى عن طريق ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يذبح وينحر بالمصلى[٣].

فقد فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الأضاحى الذبح والنحر عموما وفيها الإبل والبقر والغنم ولم يخص عليه السلام شيئا من ذلك بنحر دون ذبح ولا بذبح دون نحر ولو كان أحد الأمرين لا يجوز أو يكره لبينه النبى صلى الله عليه وسلم.

٧- روى عن ابن عباس قال قلت الإبل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهم أن ينحروا البقر[٤] .

الترجيح:-

والذى أميل إليه وأراه راجحا من هذه الآراء هو ما عليه الجمهور من جواز ذلك بغير كراهة لما استدلوا به ولما يأتى:

---

(١) ذكر البخارى ٣٠٩/١ قالت فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا قال نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وعند ابن ماجه ١٥٤٣/٢- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر عن آل محمد صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بقرة واحدة.

(٢) نصب الراية ٤ / ٢١٢، فتح البارى ١٠ /٥.

(٣) فتح البارى ١١/١٠، ابن ماجه ١٠٥٥/٢.

(٤) اسناده صحيح ابن ماجة ٢ /١٠٤٣.

أ- أن الأمر فى قوله تعالى " فصَلِّ لربِّكَ وانْحَرْ" ليس لعينه بل المراد وبه إنهار الدم وإفراء الأوداج وقد وجد ذلك بالذبح كما وجد بالنحر حيث لا فرق.

ب- أن النحر أو الذبح ذكاة فى محل الذكاة فجاز أكل الحيوان به.

ج- نحر النبى صلى الله عليه وسلم الإبل وذبحه للشياة إنما ذلك فعل لا أمر، وليس ذلك بمانع من غير هذا الفعل، وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نحر ما يذبح وذبح ما ينحر كما ثبت عن صحابته كما سبق.

د- قولهم إن ذبح الجمل تعذيب له قول خاطئ لأن تعذيبه بالذبح كتعذيبه بالنحر ولا فرق ثم إن جلده ليس بأغلظ من جلد الثور، وما تعذيب العصفور والحمامة والدجاجة بالنحر إلا كتعذيبها بالذبح ولا فرق.

هـ- روى عن على أنه أباح أكل بعير ضرب عنقه بالسيف ورأى ذلك ذكاة وحية أى سريعة وهذا ليس بنحر وإنما هو ذبح، ولو كان الذبح غير جائز ما كان ذلك ذكاة له.

و- روى عن عكرمة أن ابن عباس أمره أن يذبح جزورا وهو محرم والجزور هو البعير.

ز- روى عن عطاء أنه قال الذبح من النحر والنحر من الذبح.

ح- روى عن الزهر وقتادة أنهما قالا الإبل والبقر إن شئت ذبحت وإن شئت نحرت.

فكل هذه أفعال للصحابة والتابعين وهى تدل على أن ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح جائز بغير كراهة. وهذا هو المدعى.

والله أعلم

المطلب الثانى
فى
صفة الذكاة

إذا كان الأصل فى الإبل هو النحر فالمستحب هو أن تنحر معقولة اليد اليسرى من قيام لما روى أن أبن عمر رأى رجلا أضجع بدنة فقال قياماً سنة أبى القاسم صلى الله عليه وسلم[1] .

كما أن الأصل فى البقر والغنم هو الذبح كما سبق فتذبح مضجعة موجهة إلى القبلة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده ووضع رجله على صفائحهما وسمى وكبر[2] وأما توجيهها إلى القبلة فلأنه لابد لها من وجهة فكانت جهة القبلة أولى.

كما يستحب أن يكون الذبح بسكين حاد لحديث (إن الله كتب الإحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته) وأن يكون ذلك فى الحلق واللبة إجماعا[3] .

ولما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال [الذكاة فى الحلق واللبة] ثم إنه مجمع العروق فبالذبح فيه تنسفح الدماء ويسرع ذهوق النفس فيكون أطيب للحم.

---

(1) الحديث فى نصب الراية ٣/ ١٦٣، البخارى مع الفتح ١١/ ٣٠٩، ٣١٠.

(2) سبق تخريجه

(3) المغنى ٨/ ٥٧٥، واللبة هى الوهدة التى بين أصل العنق والصدر.

ومما لا خلاف فيه أن كمال الذبح هو أن يقطع الودجين[١] والحلقوم[٢] والمرئ[٣] فمن فعل ذلك فقد أتى بالذكاة بكمالها [٤] إذ إن هذا أسرع لخروج روح الحيوان فيكون من إحسان الذبح الذى أمر به النبى صلى الله عليه وسلم، ولأن فيه خروجا من الخلاف.

فإن قطع البعض من هذه الآراب المذكورة فأسرع الموت كما يسرع من قطع جميعها فهل تحل أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك وحاصل خلافهم كالأتى:-

القول الأول : ذهب مالك فى رواية[٥] ورواية عن أحمد [٦] وبه قال أبو ثور[٧] والزيدية [٨]

إلى أنه لابد فى الذكاة من قطع الحلقوم والمرئ والودجين واستدلوا لذلك بما روى عن أبى هريرة قال [نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان] [٩] وهى التى تذبح فتقطع الجلد ولا تفرى الأوداج ثم تترك حتى تموت والأوداج اسم يقع على الحلقوم والمرئ والعرقين اللذين عن جنبهما، ولأن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد به الآخر؛ لأن

---

[١] وهما عرقان غليظان فى جانبى ثغره النحر- محيطان بالحلقوم.
[٢] وهو مجرى النفس.
[٣] المرئ هو مجرى الطعام والشراب من الحلق.
[٤] البدائع ٥ /٤١، بداية المجتهد ١ /٤٤٤، المهذب ٢٥٢/١ المغنى ٥٧٥/٨، المحلى ٤٣٨/٧، البحر الزخارة ٣٠٨/٥.
[٥] بداية المجتهد ١ / ٤٤٥.
[٦] المغنى ٨ / ٥٧٥.
[٧] الجامع لاحكام القرآن ٣ /٢١٥٢.
[٨] البحر الزخار ٥ /٣٠٨.
[٩] منتقى الاخبار ٤٣/٨ اوفى اسناده عمربن عبدالله الصنعانى وقد تكلم فيه غير واحد.

الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى الطعام والودجين مجرى الدم فإذا ترك الحلقوم لم يحصل بقطع ما سواه المقصود منه، وكذلك إذا ترك غيره وروى عن أبى يوسف [1] لابد من قطع الحلقوم والمرئ وأحد الودجين لأنه يحصل بقطع أحدهما المقصود منهما وهو تسيل الدم وذلك بخلاف غيرهما.

القول الثانى وهو قول أبى حنيفة [2]

إن قطع ثلاثة وترك الرابع أىّ الأربعة ترك الحلقوم أو المرئ أو أحد الودجين فهو حلال أكله وإن قطع اثنين فقط لم يحل وروى عن مالك[3] لا يحل إلا بقطع الحلقوم والودجين.

ودليلهم على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل).

ولأن المقصود من الذبح إزالة المحرم وهو الدم المسفوح.

فالمعتبر هو الموت على وجه يطيب معه اللحم ويفترق فيه الحلال وهو اللحم من الحرام وهو الدم الذى يخرج بقطع الأوداج وذلك بقطع الأكثر من العروق الأربعة وللأكثر حكم الكل فيما بنى على التوسعة فى أصول الشرع، والذكاة بنيت على التوسعة حيث يكتفى فيها بالبعض بلا خلاف بين الفقهاء وإنما اختلفوا فى الكيفية فيقام الأكثر فيها مقام الجميع.

القول الثالث: وذهب إليه الشافعية[4] والحنابلة فى المذهب[1]

---

(1) البدائع ٥/ ٤١، ٤٢، احكام القرآن للجصاص ٢ / ٤٣٤.

(2) المصدرين السابقين نفس الصفحات.

(3) بداية المجتهد ١/ ٤٤٥، الجامع لاحكام القرآن ٣/ ٢١٥٢.

(4) المهذب ١ / ٢٥٢، شرح المحلى ٤ / ٢٤٢.

أنه لو اقتصر على قطع الحلقوم والمـــرئ اجـزاء لأن الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى الطعام والروح لا تبقى مع قطعهما عادة وقد تبقى بعد قطع الودجين إذ هما عرقان كســائر العروق والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق.

القول الرابع: وذهب إليه ابن حزم الظاهرى[٢]

أنه يكفى فى حل الحيوان أن يقطع بعــض هـذه الآراب المذكورة فيسرع الموت إلى الحيوان كمايسرع من قطع جميعـها فإن لم يسرع الموت فليعد القطع ولا يضره ذلك شــيئا وأكلـه حلال لأن المعتبر هو الذكاة والذكاة فى اللغة الشق فــى الحلـق وقطع يكون الموت فى أثره، أو النحر فى الصدر بحيث يكــون الموت فى أثره، فإذا قطع بعض هذه الأربعة فقد وجدت الذكـاة فيحل الحيوان بذلك ، ولو أن الذكاة لا تكون إلا بقطــع بعـض الاراب المختلف فيها دون بعض أو بقطع جميعها أو بصفة مــن الصفات التى اختلف الناس فيها لما ترك الله تعــالى بيانــها ولا أغفل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الترجيح:-

والذى أميل أليه وأراه راجحا هو القول الأول لأن فــرى الأوداج شرط فى الذكاة والأدواج اسم يقع على الحلقوم والمـرئ والعرقين اللذين عن جنبيهما.

أما كون فرى الأوداج شرطا فى الذكاة فلمـا روى مــن نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان وقد فســر بالتى تذبح فيقطع الجلد ولا يفرى الأوداج ثم تترك حتى تموت.

---

(١) المغنى ٢٧٥/٨.

(٢) المحلى ٧ /٤٣٨، ٤٤٢.

وبما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا السن والظفر، وحديث اذبحوا بكل ما أفرى الأوداج وأهرق الدم ما خلا السن والظفر(١) .

فالمعتبر فى هذا هو فرى الأوداج وتسييل الدم حتى يطيب اللحم، وكل ما كان أسرع فى إزهاق روح الحيوان فهو أولى للنهى عن تعذيب الحيوان والأمر بإحسان الذبحة.

ذبح الحيوان من القفا:-

إذا قطع إنسان أعضاء الذكاة فى الحيوان من ناحية العنق فهل يحل الحيوان بذلك أم لا؟ اختلف الفقهاء فىهذا وكان خلافهم على النحو التالى:-

أ- ذهب المالكية وسعيد بن المسيب وابن شهاب الزهوى(٢) وهو قول أحمد(٣).

إلى أنها لا تؤكل حتى لو استوفى القطع وأنهر الدم وقطع الحلقوم والودجين.

ودليلهم على ذلك:-

١- ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ألا إن الذكاة فى الحلق واللبة(٤).

فقد بين محلها وعين موضعها بقوله وبفعله، حيث ذبح صلى الله عليه وسلم وفى الحلق ونحر فى اللبة، والذبح من القفا

---

(١) ذكر فى الموطأ بشرح الزرقانى ٣ / ٨٢، انه موقوف على ابن عباس.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣ / ٢١٥٢؛ بداية المجتهد ١ / ٤٤٦.

(٣) هذا إذا تعمد ذبحها من القفا فإن فعل ذلك خطأ بأن التوت الذبيحة عليه فأتت السكين فى قفاها فإنها تحل إذ هى بمثابة المعجوز عن ذبحها فى محل ذبحها فسقط اعتبار المحل فهى كالمتردية فى بئر . المغنى ٨ / ٥٧٨.

(٤) رواه أبو هريرة وفى إسناده مقال- منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٨/ ١٤١،١٤٢، ورجح فى نصب الراية ٤ / ١٨٥ وقفه على ابن عباس وعمر.

ليس ذبحا فى الحلق ولا نحرا فى اللبة من الصفات التى اختلف الناس فيها لما ترك الله تعالى بيانها ولا أغفل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الترجيح:-

والذى أميل إليه وأراه راجحا هو القول الأول لأن فرى الأوداج شرط فى الذكاة والأوداج اسم يقع على الحلقوم والمرئ والعرقين اللذين عن جنبيهما.

أما كون فرى الأوداج شرطا فى الذكاة فلما روى من نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن شريطه الشيطان وقد فسر بالتى تذبح فيقطع الجلد ولا يفرى الأوداج ثم تترك حتى تموت.

وبما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا السن والظفر، وحديث أذبحوا بكل ما أفرى الأوداج وأهرق الدم ما خلا السن والظفر[1] .

فالمعتبر فى هذا هو فرى الأوداج وتسييل الدم حتى يطيب اللحم، وكل ما كان أسرع فى إزهاق روح الحيوان فهو أولى للنهى عن تعذيب الحيوان والأمر بإحسان الذبحة.

ذبح الحيوان من القفا:-

إذا قطع إنسان أعضاء الذكاة فى الحيوان من ناحية العنق فهل يحل الحيوان بذلك أم لا؟ اختلف الفقهاء فى هذا وكان خلافهم على النحو التالى:-

أ- ذهب المالكية وسعيد بن المسيب وابن شهاب الزهرى[2] وهو قول أحمد[3] .

---

[1] ذكر فىالموطأ بشرح الزرقانى ٣ / ٨٢، انه موقوف على ابن عباس.

[2] الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢١٥٣بداية المجتهد ١/ ٤٤٦.

[3] هذا إذا تعمد ذبحها من القفا فإن فعل ذلك خطأ بأن التوت الذبيحة عليه فأتت السكين على قفاها فإنها تحل إذ هى بمثابة المعجوز عن ذبحها فى محل ذبحها فسقط اعتبار المحل فهى كالمتردية فى بئر المغنى ٨ / ٥٧٨.

إلا أنها لا تؤكل حتى لو استوفى القطع وأنهر الدم وقطع الحلقوم والودجين.

ودليلهم على ذلك:-

١- ما روى عن النبى صلىالله عليه وسلام أنه قال ألا إن الذكاة فى الحلق واللبة[١]

فقد بين محلها وعين موضعها بقوله وبفعله، حيث ذبح صلى الله عليه وسلم فى الحلق ونحر فى اللبة، والذبح من القفا ليس ذبحا فى الحلق ولانحرا فى اللبة.

٢- أن الذكاة وإن كان المقصود منها إنهار الدم إلا أن فيها ضربا من التعبد.

فإذا لم تقع بنية ولا بشرط ولا بصفة مخصوصة زال منها حظ التعبد فلم تؤكل لذلك.

٣- ان الذكاة لا تعمل فى منفوذة المقاتل، فالقاطع لأعضاء الذكاة من القفا لا يصل إليها بالقطع إلا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل، فترد الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله فلا تصح.

٤- أن فى الفعل تعذيب للحيوان وزيادة إيلام دون حاجة وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الحيوان.

ب- وذهب الحنفية [٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية ...

---

[١] رواه أبو هريرة وفى إسناد مقال- منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٨/ ١٤١، ١٤٢، ورجح فى نصب الراية ٤ / ١٨٥ وقفه على ابن عباس وعمر.

[٢] يرى الحنفية الحل لكن مع الكراهة لأن ذلك زيادة فى ألمها من غير حاجة. البدائع ٥ /٤٢.

[٣] المهذب ١ / ٢٥٢، شرح المحلى على المنهاج ٤ /٢٤٢.

[٤] هذه رواية القاضى وهى المصححة فى المذهب- المغنى ٨/ ٥٧٨.

[1] والزيدية[2] وهو مروى عن على وعمران بن الحصين وابن عمر [3] إلى أنها تحل بذلك إن بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمرئ وإلا لم تحل ويعتبر ذلك بالحركة القوية.

وقد استدلوا لذلك بما يلى:-

١- أما دليل حل ما ذبح من القفا وفيه حياة مستقرة أنه اجتمع فيه قطع ما تبقى الحياة معه مع الذبح، والذبح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله كأكيله السبع والمتردية والنطحية.

٢- ولأن فاعل ذلك فرى الأوداج وأنهر الدم وما فرى فيه الأوداج وأنهر الدم فإنه يحل لحديث (ما أنهر الدم وفرى الأوداج فكل) [4] ولو كان ههنا صفة لازمة لبينها النبى صلى الله عليه وسلم كما بين وجوب أن لا يؤكل ما أنهر الدم وأن لايكون ذلك بسن ولا ظفر ..الخ.

٣- روى إن على بن أبى طالب قال فى الدجاجة إذا قطع رأسها ذكاة وحية اى سريعة وأمر بأكلها.

٤- روى أن رجلا ضرب عنق بطة بسيفه فأبان رأسها فسأل عمران بن الحصين فأمره بأكلها.

٥- روى أن خبازا لأنس بن مالك ذبح دجاجة فاضطربت عليه فذبحها من قفاها فأبان رأسها فأرادوا طرحها فأمرهم أنس بأكلها.

---

(١) المحلى ٧ /٤٣٩، ٤٤٣، ٤٤٤.

(٢) قال صاحب البحر الزخار ٥ / ٣٠٥، ٣٠٦، ويجزى فى القفا إن فرى الأوداج قبل موته وتكره لمخالفته الشرع.

(٣) بداية المجتهد ١ / ٤٤٦.

(٤) سبق تخريجه.

٦- روى عن أن عباس قال إذا أهريق الدم وقطـــع الــودج فكله.

٧- سئل الشعبى عن ديك ذبح من القفا فقال إذا سميت فكل.

٨- سئل إبراهيم النخعى عن دجاجة ذبحت من القفا فقال تلـك القفينة لا بأس بها.

فكل هؤلاء الصحابة والتابعين يجيزون ما ذبح من القفـــا إذا قطعت العروق وفيه حياة مستقرة أما إن قطعت وليس فيـــها حياة فلا تحل عند الجميع لأنها صارت ميتة قبل الذكاة وهـــى لا تحل الميتة.

الترجيح:-

والذى أميل إليه وأرجحه هو ما ذهب إليه الجمهور مـــن القول بحل ما ذبح من القفا إذا تيقن من حياته عند قطع العـــروق لقوة أدلتهم وضعف أدلة القول الأول- وبيان ضعفها كالتالى:-

١- أما الاستدلال بحديث (الذكاة فىالحلق واللبة) فهو ضعيف لأنه ليس فى كون الذكاة فى الحلق ذكاة من ورائـــه دون أمامه أو من أمامه دون ورائه فبطل الاستدلال به.

٢- قولهم إن الذكاة لا تعمل فى منفوذ المقاتل- قلنا نعم إذا لـم يبق فيه حياة مستقرة وهذا أمر مسلم به أما إن تم القطـــع وفى الحيوان حياة مستقرة فإن الذكاة تعمل فيه.

المطلب الثالث

فى آلـة الذكاة

سبق أن ذكرنا أن أنواع الذكاة فى الحيوان المقدور عليه إما ذبح وإما نحر، وهذا الفعل يستلزم آلة يقطع بها العروق والأوداج ويسيل الدم.

وقد اتفق الفقهاء[١] على أن كل ما أنهر الدم وفرى الأوداج من حديد أو صخر أو عود أو قصب[٢] تجوز به الذكاة. ودليلهم على ذلك ما يلى:-

أ- روى رافع بن خديج قال قلت يا رسول الله إنا لاقو العدو غداً وليس معنا مدى فقال رسول الله - ﷺ - ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس السن والظفر ... الخ[٣].

ب- روى عن عدى بن حاتم أنه قال قلت يا رسول الله أرأيت إن أصاب أحدنا صيداً وليس معه سكين أيذكى بمروة أو

(١) البدائع ٥/ ٤٢، بداية المجتهد ١/ ٤٤٧، الدسوقى والشرح الكبير ٢/ ١٠٧، المهذب ١/ ٢٥٢، المغنى ٨/ ٥٧٤، المحلى ٧/ ٤٥٠، البحر الزخار ٥/ ٣٠٦.

(٢) يشترط فى آلة الذبح أن تكون حادة محددة وسواء كانت من حديد أو من غير حديد كالعود المحدد والحجر المحدد والقصب الحاد، وإنما شرط فى الآلة أن تكون حادة حتى لا يعذب الحيوان، ولهذا أمر رسول الله - ﷺ - بإحسان الذبحة بقوله (إن الله كتب الإحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته. فإذا قتل الحيوان بمثقل- أى غير محدد لم يحل لأنه وقيذ.

(٣) سبق تخريجه.

بشقة العصا فقال - ﷺ - أمر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى[1]. والمروة هى الحجر الصوان فقد دل الحديث على جواز الذبح بالحجر والعصا وكل ما أنهر الدم.

جـ- روى أن جارية لكعب بن مالك ذبحت شاة بمروة فسأل كعب رسول الله - ﷺ - عن ذلك فأمر بأكلها[2].

د- روى أن رجلاً من بنى حارثة كان يرعى لقحة فأخذها الموت فلم يجد شيئا ينحرها به فأخذ وتدا فوجأها به فى لبتها حتى أهريق دمها ثم جاء النبى - ﷺ - فأمره بأكلها[3].

غير أن الفقهاء اختلفوا فى الذبح بغير ذلك من السن والظفر والعظم أيجوز الذكاة بها أم لا على أقوال:-

١- الذكاة بالسن والظفر:-

السن والظفر إما أن يكونا قائمين أو منزوعين فإن كانا غير منزوعين فلا يحل الذبح بهما[4] لما روى عن النبى - ﷺ - أنه سئل عن الذبح بالمروة وشقة العصا فقال ما أنهر الدم وذكر

---

(١) منتقى الأحبار ٨/ ١٣٩، المستدرك للحاكم، ابن ماجة ٢/ ١٠٦.

(٢) منتقى الأخبار ٨/ ١٣٩، صحيح البخارى مع الفتح ٩/ ٥٤٦، الموطأ مع شرح الزرقانى ٣/ ٨٢.

(٣) رواه أبو داود فى السنن، ورواه مالك فى الموطأ مع الزرقانى ٣/ ٨١، ٨٢ بلفظ (فذكاها بشظاظ- أى بوتد- فقال ليس بها بأس.

(٤) البدائع ٥/ ٤٢، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٣، المهذب ١/ ، المغنى ٨/ ٥٧٤، البحر الزخار ٥/ ٣٠٦، المحلى ٧/ ٤٥٠.

اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة.

فقد علل النهى بأنه مدى الحشبة وهم إنما كانوا يذبحون بالظفر القائم فى موضعه غير المنزوع.

وقال ابن عباس ذلك الخنق.

ثم إن الذبح بالظفر والسن غير المنزوع ينرد ولا يفرى - أى يقتل بغير ذكاة- فلذا لم تصح الذكاة بهما فإن ذبح بهما قائمين غير منزوعين لم يحل المذبوح وكان ميتة كغير المذبوح لأن الذابح يعتمد على الذبيح فيخنق ولم يحك فى هذا خلافاً إلا رواية عن مالك[1] أنه يكره الذبح بهما ولا يحرم فإن ذبح بهما حل المذبوح مع الكراهة، والرواية الثانية عنه أنه يجوز الذبح بهما بغير كراهة.

أما إن كانا منزوعين فقد اختلف الفقهاء فى جواز الذكاة بهما وبيان خلافهم فيما يلى:-

أ- ذهب الحنفية[2] ورواية عن مالك[3].

إلى أنه يجوز الذبح بهما فى حال الانفصال إذا فرى الأوداج مع الكراهة.

---

(1) الدسوقى والشرح الكبير ٢/ ١٠٧.

(2) البدائع ٥/ ٤٢، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٦.

(3) وقد صحح ابن رشد هذه الرواية، الدسوقى والشرح الكبير ٢ / ١٠٧.

أما دليل الجواز: فهو أن الذكاة هى قطع الأوداج، والسن والظفر المنزوعين لما قطعا الأوداج فقد وجد الذبح بهما فيجوز كما لو ذبح بالمروة لبيطة القصب.

أما السن والظفر المنهى عن الذبيحة بهما فهما القائمين فى صاحبهما بدليل ما ورد عن النبى - ﷺ - أنه قال إنها مدى الحبشة لأن الحبشة إنما كانت تفعل ذلك لإظهار الجلادة وذلك بالظفر القائم لا بالمنزوع.

ومما يؤيد هذا ما ورد فى بعض الروايات (إلا ما كان قرضا بسن أو حزا بظفر)[1] والقرض إنما يكون بالسن القائم.

وأما وجه الكراهة فى الذبح بهما فهو من جهة الكلالة لما يلحق الحيوان من الألم الذى لا يحتاج إليه فى صحة الذكاة وهو منهى عنه بحديث (إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته ..... إلخ).

ب- وذهب الشافعية[2] والحنابلة[3] والزيدية[4] والظاهرية[5] وهو رواية عن مالك[6] وبه قال الليث[7] والثورى[8] أنه لا يجوز الذبح بالسن والظفر مطلقاً قائمين أو منزوعين.

---

(1) نصب الراية ٤/ ١٨٦.

(2) المهذب / ٢٥٠، الإقناع ٢/ ٢٧٠، ٢٧١.

(3) المغنى ٨/ ٥٧٤.

(4) البحر الزخار ٥/ ٣٠٦.

(5) المحلى ٧/ ٤٥٠.

(6) وقد صحح الباجى هذا القول الدسوقى والشرح الكبير ٢/ ١٠٧.

وأدلتهم على ذلك:-

١- **قول النبى** - ﷺ - [ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة].

حيث استثنى الظفر والسن من الإباحة والاستثناء من الإباحة تحريمٌ، ثم إنه علل بكون الظفر مدى الحبشة وقد نهينا عن التشبه بهم.

٢- أن مالم تجز الذكاة متصلاً لم تجز به منفصلاً كغير المحدد.

٢- الترجيح:-

والذى أميل إليه وأراه راجحا هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من عدم جواز الذبح بالسن والظفر مطلقاً، لعموم النهى فى الحديث وهو يفيد التحريم، ثم إن الذكاة فيها معنى التعبد فيجب الاقتصار على ماجاء به الشرع والانتهاء عما نهى عنه، والشارع أجاز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا بالسن والظفر ولم يفرق بين القاسم والمنزوع.

٢- الذكاة بالعظم:-

كما اختلف الفقهاء فى الذبح بالسن والظفر اختلفوا فى بقية العظام غير السن هل النهى عن السن نهى عن غيرها من

---

(٧) المحلى ٧/ ٤٥٠.

(٨) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٦.

العظام أم هو قاصر على السن فقط؟ وبيان خلافهم فيما يلى:-

أ- ذهب الشافعية[1] والزيدية[2] وهو رواية عن مالك[3] ورواية عن أحمد[4] وبه قال النخعى[5] والليث إنه لا يحل التذكية بالعظم مطلقاً.

ودليلهم:-

ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم .... إلخ.

ب- وذهب الجمهور من الفقهاء [6].

إلى جواز الذبح بالعظم غير السن إلا أن منهم من أطلق ذلك دون تقييد ومنهم من قيده بعظام دون عظام [7].

---

(1) الاقناع ٢/ ٢٧٠، ٢٧١، شرح المحلى على المنهاج ٤/ ٢٤٣.

(2) البحر الزخار ٥/ ٣٠٦.

(3) يراجع الدسوقى والشرح الكبير ٢/ ١٠٧.

(4) المغنى ٨/ ٥٧٤.

(5) المصدر السابق، المحلى ٧/ ٤٥٠.

(6) البدائع ٥/ ٤٢، الدسوقى والشرح الكبير ٢/ ١٠٧، المغنى ٨/ ٥٧٤، المحلى ٧/ ٤٥٠، ٤٥١.

(7) لم تجز الظاهرية الزكاة بعظم الانسان والخنزير والحمار الاهلى والسبع واجازوا الزكاة بغيرها من عظام الميتة، لأن عظم الانسان مواراته فرض وعظم الخنزير رجس وعظم الحمار أيضاً رجس فكان اجتنابهما واجب. المحلى ٧/٤٥٠، ٤٥١.

ودليلهم على ذلك:

١- أن العظم دخل فى عموم اللفظ المبيح وهو ما أنصر الدم وذكر أسم الله عليه فكلوا ثم استثنى السن والظفر خاصة فيبقى سائر العظام داخلاً فيما يباح الذبح به والمنطوقه مقدم على التعليل.

٢- ثم أنه - ﷺ - علل النهى عن الظفر بكونه من مدى الحبشه فكان مقتضى العلة أن يحرم الذبح بمدى الحبشة من أى شئ كانت لكن هذا غير مراد فثبت أن النهى عن السن لكونه سناً لا يكونه معللاً بأنه عظم الترجيح.

الترجيح:

والذى أميل إليه وأراه راجحا هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز التذكية بالعظم ما لم يكن سنا لأن النبى - ﷺ - لو أراد تحريم الذكاة بكل عظم لما سكت عن ذلك ولقال ليس العظم والظفر فاقتصاره على السن دليل على أن المراد بالتحريم من العظام هو ماكان سنا خاصة فيبقى ما عداه على أصل الحل.

والله أعلم

المطلب الرابع
فى التسمية على الذبيحة

مما لا خلاف عليه أنه يستحب التسمية عند الذبح أو النحر لقوله تعالى ﴿ **ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق** ﴾[1] وما روى عن عدى بن حاتم قال سألت رسول الله - ﷺ - عن الصيد فقال: (إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله عليه)[2].

فإن ترك التسمية عند التذكية أو الصيد عمداً أو سهوا فقد اختلف الفقهاء فى حل ذلك وحرمته على ثلاثة أقوال:-

القول الأول: وذهب إليه الظاهرية[3] والزيدية[4] وهو مروى عن ابن عمرو به قال الشعبى وابن سيرين[5] وأبى ثور حيث يرون أن التسمية حال الذبح- أو عند إرسال الصيد- فرض فمن تركها عامداً أو ناسياً لم تحل ذبيحته، وبفرضية التسمية قال الحنابلة فى الصيد خاصة[6].

---

(1) الأنعام، بعض آية/ ١٢١.
(2) قال الترمذى ٣/ ١٤٦، حسن صحيح.
(3) المحلى ٧/ ٤١٢ وما بعدها.
(4) البحر الزخار ٥/ ٣٠٦.
(5) بداية المجتهد ١/ ٤٤٨، المحلى ٧/ ٤١٤.
(6) فرق الحنابلة بين الصيد والذبح- ففى الصيد- إن ترك التسمية عند إرسال الجارح لم يبح الصيد تعمد ترك التسمية أو سها عنها، وعن أحمد رواية أخرى بالتفريق بين إرسال الجارح فتجب وبين إرسال السهم فلا تجب وعنه رواية أخرى بأنه يباح متروك التسمية عمدا أو سهوا – المغنى ٨/ ٥٤٠.

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة وأقوال السلف والمعقول.

فمن القرآن: استدلوا بقوله تعالى: ﴿ **ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق** ﴾ .

فقد دلت الآية على تحريم مالم يذكر اسم الله عليه وذلك من وجوه:

الأول: أن فى الآية نهياً عن الأكل مما لم يذكر اسم الله عليه والنهى يفيد التحريم، وإذا كان ترك التسمية حراما كانت التسمية واجبة.

الثانى: أن الله سمى متروك التسمية فسقا من غير أن يفصل بين ما ترك عمدا وما ترك سهوا فكان الكل سواء.

الثالث: أن مالم يذكر اسم الله عليه فسق والفسق محرم. كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿ **فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه** ﴾[1].

فهذا أمر يقتضى الإيجاب وأنه غير واجب على الأكل فدل على أنه أراد به حال الاصطياد، والسائلون كانوا مسلمين فلم يبح لهم الأكل إلا بشريطة التسمية.

أما أدلتهم من السنة فمنها:

١- روى عن رافع بن خديج قال لنا رسول الله - ﷺ - (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل).

---

(١) بعض آية/ ٤ من سورة المائدة.

٢- روى عن عدى بن حاتم أنه قال قلت لرسول الله - ﷺ - (أرسل كلبى فأجد مع كلبى كلبا قد أخذ لا أدرى أيهما أخذ فقال رسول الله - ﷺ - فلا تأكل إنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره)[١]. فجعل - ﷺ - ذكر الله شرطاً لحل الأكل فى الحديث الأول، وعدم ذكر الله فى الحديث الثانى مانعا من الأكل.

أما أقوال السلف فمنها:

١- روى عن محمد بن زياد أن رجلاً نسى أن يسمى الله على شاة ذبحها فأمر ابن عمر غلامه أن يقف إلى جانبه. فإذا أراد أن يبيع منها لأحدٍ أن يقول له إن ابن عمر يقول إن هذا لم يذكر اسم الله عليها حين ذبحها)[٢].

٢- روى عن نافع أنه كره أكل ما نسى ذابحه أن يسمى الله تعالى عليه وكذلك ابن سيرين وعكرمه.

أما المعقول فقد استدلوا.

بأن التسمية لما كانت واجبة حالة الذكر فكذا حالة النسيان لأن النسيان لا يمنع الوجوب والحظر كالخطأ.

<u>القول الثانى:</u> وذهب إليه الشافعية[٣] والحنابلة فى رواية[٤] وهو مروى عن أبى هريرة وابن عباس وهو قول الأوزاعى[٥] أن التسمية عند الذبح أو الصيد سنة وليست واجبة.

---

(١) ابن ماجه ٣٢٠٨/ ٢ بلفظ إنما ذكرت اسم الله على كلبك، الترمذى ٣/ ١٤٦، نصب الراية ٤/ ١٨٤.

(٢) نصب الراية ٤/ ١٨٢.

(٣) المهذب ١/ ٢٥٢، الام ٢/ ٢٢٧، حاشية الشيخ عميرة على المنهاج ٤/ ٢٤٣.

فيباح متروك التسمية عمدا أو سهوا.

وقد استدلوا لمذهبهم هذا بما يلى:-

أ- قوله تعالى **﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما ﴾** ومتروك التسمية لم يدخل فيما نصت عليه الآية فلم يكن محرماً.

ب- روت عائشة أن قوما قالوا يا رسول الله إن قوما من الأعراب يأتونا باللحم لا ندرى أذكروا اسم الله عليه أم لا؟

فقال رسول الله - ﷺ - اذكروا اسم الله عليه وكلوا[1].

دل هذا على إباحة أكل متروك التسمية عند الذبح أو الصيد مطلقاً حيث لم يفرق بين ما ترك التسمية عليه عمدا أو سهوا.

جـ- روى عن أبى هريرة أن النبى - ﷺ - سئل فقيل أرأيت الرجل منا يذبح ونسى أن يسمى الله فقال اسم الله على كل مسلم[2].

فقد دل الحديث على لإباحة متروك التسمية مطلقاً حيث ذكر أن أسم الله فى قلب المسلم سواء سمى أم لا ترك التسمية عمداً أو سهواً فذبيحته حلال لأن أسم الله فى قلبه فهو ذاكر لله دائماً.

---

(٤) هذا عندهم خاص بالذكاة - أما الصيد فقد سبق أن تحقيق مذهبهم أنه لا يباح متروك التسمية عمدا أو سهوا. يراجع المغنى ٨/ ٥٤٠، ٥٦٥.

(٥) بداية المجتهد ١/ ٤٤٨، المحلى ٧/ ٤١٢، الجصاص ٣/ ١٠.

(١) فتح البارى ٩/ ٥٥٠، الموطأ مع الزرقانى ٣/ ٨٠، ٨١، ابن ماجة ٢/ ١٠٦٠.

(٢) فى لفظ اسم الله على فم كل مسلم - الدارقطنى ٢/ ٥٤٩، مجمع الزوائد للهيثمى ٤/ ٣٠، نصب الراية ٤/ ١٨٣.

د- روى عن البراء أن النبى - ﷺ - قال المؤمن يذبح على أسم الله سمى أو لم يسم [1].

فهذا نص فى محل الخلاف حيث أباح ما لم يسم عليه مطلقاً من غير فرق بين عمد وسهو.

القول الثالث: وذهب إليه الجمهور من الحنفية[2] والمالكية[3] والحنابلة[4] فى مشهور المذهب وبه قال عطاء، وطاووس والثورى والحسن وسعيد بن المسيب[5] وغيرهم.

إن ترك التسمية عمدا لم يحل وإن تركها ناسيا يحل، فالتسمية واجبة عند الذكر ساقطة عند النسيان.

وقد استدلوا لذلك بأدلة كثيرة.

أما أدلتهم على فرضيتها عند الذكر فهى نفس أدلة القول الأول فالأمر فيها محمول على ما تركت التسمية عليه عمدا بدليل قوله تعالى: وإنه لفسق) والأكل مما نسيت التسمية عليه ليس بفسق؛ لأنه لا فسق إلا بإرتكاب المحرم.

وأما أدلتهم على حل متروك التسمية سهواً فهى كالتالى:

أ- روى عن راشد بن سعيد أن النبى - ﷺ - قال (ذبيحة المسلم حلال سمى أو لم يسم مالم يتعمد)[6].

---

(1) البيهقى ولا يحتج به، نصب الراية ٤/ ١٨٢، وقال غريب بهذا اللفظ.
(2) البدائع ٥/ ٤٧، أحكام القرآن للجصاص ٣/ ١٠، ١١، ١٢.
(3) بداية المجتهد ١/ ٤٤٨.
(4) المغنى ٨/ ٥٦٥.
(5) المغنى ٨/ ٥٦٥، بداية المجتهد ١/ ٤٤٨، أحكام القرآن للجصاص ٣/ ١٠.
(6) ورد فى سبل السلام ٤/ ٨٩، ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله عليها أم لم يذكر وكذا فى نصب الراية ٤/ ١٨٣.

فهذا نص فى حل متروك التسمية سهوا وعدم حل متروك التسمية عند التعمد.

ب- روى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل ذبح ونسى أن يذكر اسم الله عليه فقال أسم الله - ﷻ - فى قلب كل مسلم فليأكل- وفى رواية أخرى أن المسلم ذكر الله فى قلبه[1].

جـ- أن الناسى لم يترك التسمية بل ذكر اسم الله - ﷻ -، والذكر قد يكون باللسان وقد يكون بالقلب والناسى ذاكر بقلبه.

المناقشة والترجيح:

بعد ذكر الأقوال والأدلة فإننى أميل إلى الأخذ برأى الجمهور القائل بإيجاب التسمية حالة الذكر وسقوطها حالة النسيان لما استدلوا به ولما يأتى:

أ- أن ظاهر قول تعالى: **﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾** يقتضى إيجاب التسمية مطلقا لكن قامت الدلائل على جواز الأكل مما لم يذكر اسم الله عليه من مثل حديث عائشة أن الأعراب يأتوهم باللحم وهم حديثو عهد بكفر ولا يدرى أذكروا اسم الله عليه أم لا، وقد أمرهم النبى - ﷺ - بأكله، فمقتضى الجمع بين الأدلة أن يحمل الأمر على الوجوب فى حالة الذكر دون حالة النسيان.

(1) سبق أن ذكرنا وروده بلفظ اسم الله على فم كل مسلم -الدارقطنى ٢/ ٥٤٩، مجمع الزوائد ٤/ ٣٠.

٢- أن الناسى فى حالة نسيانه غير مكلف بالتسمية بدليل ما روى عن النبى - ﷺ - أنه قال: (تجاوز الله عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[١] وإذا لم يكن مكلفا بالتسمية فقد أوقع الذكاة على الوجه المأمور به فلا يفسده ترك التسمية.

٣- أن النسيان جعل عذرا مانعا من التكليف فيما يغلب وجوده حتى لا يقع الناس فى الحرج، ولو لم يجعل عذرا لوقع الناس فى الحرج، والحرج مدفوع بقوله تعالى: ﴿ **وما جعل عليكم فى الدين من حرج** ﴾[٢]. وذكر اسم الله عند الذبح ليس مما يعوده الذابح نفسه، لأن العادة أن الذبح يكون من القصابين ومن الصبيان الذين لم يعودوا أنفسهم ذكر الله، فترك التسمية منهم لا يندر وجوده، بل يغلب فيجعل عذرا دفعاً للحرج.

٤- أما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما** ﴾ على حل متروك التسمية عمدا أو سهوا فمردود بأن ذلك محتمل أنه كان لا يجد وقتَ نزول الآية محرما سوى المذكور فيها ثم وجد تحريم متروك التسمية بعد ذلك، كما كان لا يجد تحريم كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير، وتحريم الحمار الأهلى والبغل عند نزولها، ثم وجد بعد ذلك. إذا ثبت أن التسمية عند الذكاة واجبة حالة الذكر

(١) نصب الراية ٢/ ٦٤، الحاكم فى المستدرك ٢/ ١٩٨.
(٢) بعض آية/ ١٧٨ من سورة الحج.

ساقطة عند النسيان فإنها معتبرة حال الذبح أو قريبا منه، لا يجوز تقديمها عليه إلا بزمان قليل لا يمكن التحرز عنه لقوله تعالى : ﴿ **ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه** ﴾ والذبح مضمر فيه معناه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه من الذبائح، وأما وقتها فى الصيد فهو وقت إرسال السهم أو الحيوان، لا وقت الإصابة لحديث إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل.

ويكفى فى التسمية ذكر اسم الله – ﷻ – أى اسم كان لقوله تعالى: ﴿ **فكلوا مما ذكرا الله عليه** ﴾ من غير فصل بين اسم واسم وسواء قرن بالاسم الصفة كأن يقول الله أكبر الله أعظم الله الرحمن أو لم يقرن بأن قال الله أو الرحمن أو الرحيم.

والله أعلم

المطلب الخامس
فـــى
ذبائح أهـل الكتـاب

مما لا خلاف عليه[1] أن ما ذبحه المشرك والمرتد والمجوسى[2] لا يحل أكله وكذلك ما صاده.

أما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى: ﴿ **وما أهل لغير الله به** ﴾ وقوله ﴿ **وما ذبح على النصب** ﴾ أى للنصب وهى الأصنام التى يعبدونها.

وأما ذبيحة المجوسى فلقوله عليه الصلاة والسلام (سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم)[3] ولأنهم مشركون.

وأما المرتد فلأنه لا يقر على الدين الذى انتقل إليه فكان كالوثنى الذى لا يقر على دينه.

أما ذبائح أهل الكتاب – اليهود والنصارى– وكذلك ما صادوه فقد أجمع الفقهاء على حلها[4] لقوله تعالى ﴿ **وطعام الذين**

---

(1) البدائع ٥/ ٤٥، ٤٦، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٥٦، بداية المجتهد ١/ ٤٤٩، ٤٥٠، المهذب ١/ ٢٥١، شرح المحلى على المنهاج ٤/ ٢٤٠، المغنى ٨/ ٥٦٨، المحلى ٧/ ٤٥٦.

(2) يرى ابن حزم فى المحلى ٧/ ٤٥٦، أن المجوسى أهل كتاب فحكمهم كحكم أهل الكتاب تحل ذبائحهم، ورد الحديث بأنه مرسل ولا حجة فى مرسل، وبأن الله لم يرض بأخذ الجزية من غير كتابى وأخذها النبى – ﷺ – من المجوس وما كان ليخالف أمر ربه تعالى.

(3) قال الزيلعى فى نصب الراية ٤/ ١٨١ حديث غريب.

أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ﴾ والمراد بطعامهم ذبائحهم كذا روى عن ابن عباس وأبى الدرداء والحسن ومجاهد وإبراهيم وقتادة والسدى، ولأن ظاهر الآية يقتضى ذلك لأنه لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى لأن غير الذبائح من أطعمة الكفرة مأكول، وصيدهم من طعامهم فيدخل فى عموم الآية[١].

ولأن مطلق اسم الطعام يقع على الذبائح كما يقع على غيرها لأنه اسم لما يتطعم، والذبائح مما يتطعم فيدخل تحت إطلاق اسم الطعام فيحل لنا أكلها، ولما روى أن النبى - ﷺ - أكل من الشاه المسمومة المشوية التى أهديت إليه من اليهودية[٢] وإذا حل لنا أكل ذبائحهم فإنه يستوى فى ذلك أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية.

ولما روى عن عبد الله بن مغفل قال (كنا محاصرى خيبر فرمى إنسان بجراب فيه شحم فنزوت لأخذه فالتفت فإذا النبى - ﷺ - فاستحييت)[٣].

قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم[٤].

---

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٤٥، البدائع ٥/ ٤٥، بداية المجتهد ١/ ٤٤٩، ٤٥٠، الزرقانى على الموطأ ٣/ ٨٢، الإقناع ٢/ ٢٧١، المغنى ٨/ ٥٦٧، المحلى ٧/ ٤٥٥.

(١) هذا إذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شيئا أو سمع وشهد على أنه قد سمى الله وجرد التسمية تحسينا للظن به كما بالمسلم. البدائع ٥/ ٤٦، المغنى ٨٠/ ٥٦٩، بداية المجتهد ١/ ٤٥٠، ٤٥١.

(٢) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٧/ ٥٦٨.

(٣) فتح البارى ٧/ ٥٤٩، ٩/ ٥٥٢.

وبعد أن اتفق الفقهاء على حل ذبائح أهل الكتاب فى الجملة اختلفوا فى بعض منها:

١- ذبائح نصارى العرب:[١].

اختلف العلماء فى حل ذبائح نصارى العرب على قولين:

ذهب الشافعى[٢] ورواية عن أحمد وبه قال عطاء وسعيد[٣] بن جبير إلى أنه لا تحل ذبائحهم- لما روى عن عمر قال: (ما نصارى العرب بأهل كتاب وما تحل لنا ذبائحهم).

وقال على - ﷺ - إنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر ثم قرأ : ومنهم (أميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى) ولأنه يحتمل أنهم دخلوا فى دين الكفر بعد التبديل فلم يحل ذلك منهم.

وذهب الجمهور من أهل العلم[٤] إلى حل أكل ذبائحهم.

لعموم قوله تعالى: ﴿ **وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم** ﴾

وهم أهل كتاب فقد روى عن ابن عباس قال كلوا من ذبائح بنى تغلب وتزوجوا من نسائهم فإن الله يقول: ﴿ ومن يتولهم منكم فإنه منهم ﴾ ولم يفرق أحد بين من دان بذلك قبل نزول القرآن وبعده.

والذى عليه الجمهور هو الأرجح أن ذبائح أهل الكتاب وصيودهم حلال، سواء كانوا من العرب أم من العجم دانوا بذلك

---

(٤) المغنى ٨/ ٥٦٨.

(١) وعلى هذا الخلاف فى صيدهم- من أكلت ذبيحته أكل صيده ومن لم تحل ذبيحته لم يحل صيده.

(٢) الأم ٢/ ٢٣٢.

(٣) المغنى ٨/ ٥١٧، ٥٦٨.

(٤) البدائع ٥/ ٤٥، بداية المجتهد ١/ ٤٥٠، المغنى ٨/ ٥١٧، ٥٦٨.

قبل الإسلام أم بعده لعموم قوله تعالى: ﴿ **وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم** ﴾ ومما يؤيد هذا ويبطل قول من فرق بين من دان بدين أهل الكتاب قبل نزول القرآن فيحل ذبائحهم ومن دان بذلك بعده فيحرم ذبائحهم- أن الله يقول: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منكم فإنه منهم** ﴾ وذلك إنما يقع على المستقبل فأخبر تعالى بعد نزول القرآن أن من يتولاهم من العرب فهو منهم وذلك يقتضى أن يكون كتابيا وأن تحل ذبائحهم.

٢- إذا ذكر الكتابى عند الذبح غير الله أو ذكر اسم الله والمسيح أو ذبح لكنائسهم أو تعمد ترك التسمية عليه.

فقد اختلف الفقهاء فى ذلك أيضاً على أقوال:

الأول: وذهب إليه الحنفية[١] وهو قول الشافعى[٢] ورواية عن أحمد[٣].

أنه لا تحل ذبائحهم.

لعموم قوله تعالى: ﴿ وما أهل لغير الله به ﴾ وهذا أهل لغير الله به فلا يؤكل.

الثانى: وذهب إليه مالك والثورى والنخعى[٤].

أن ما ذبحو لكنائسهم وأعيادهم يحل مع الكراهة ولا يحل ما ذكر عليه اسم المسيح.

---

(١) البدائع ٥/ ٤٦.

(٢) الأم ٢/ ٢٣١.

(٣) المغنى ٨/ ٥٦٩.

(٤) بداية المجتهد ١/ ٤٥١، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٥٦.

الثالث: وذهب إليه أحمد في رواية[1] وهو قول أشهب من المالكية[2] ويروى عن العرباض بن سارية وأبى أمامة وأبو الدرداء[3] وبه قال مكحول والليث بن سعد[4] وغيرهم أن ذبائح أهل الكتاب تحل مطلقاً.

روى عن مكحول قال هذه كانت ذبائحهم قبل نزول القرآن ثم أحلها الله في كتابه.

ثم إن قوله تعالى: ﴿ **وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم** ﴾ مخصص لعموم قوله تعالى (وما أهل به لغير الله).

روى عن العرباض بن سارية أنه سئل عن ذلك فقال كلوا وأطعموني.

وروى مثل ذلك عن أبى أمامة وأبى مسلم الخولاني، وأكله أبو الدرداء.

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه لعموم قوله تعالى ﴿ **وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم** ﴾ وهذا من طعامهم وقد روى عن على – ﷺ – أنه سئل عن ذبائح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون فقال – ﷺ – قد أحل الله ذبائحهم وهو يعلم ما يقولون.

وقال عطاء كل من ذبيحة النصراني وإن قال باسم المسيح لأن الله – ﷻ – قد أباح ذبائحهم وقد علم ما يقولون.

والله أعلم ...

---

(1) المغنى ٨/ ٥٦٩.
(2) بداية المجتهد ١/ ٤٥١.
(3) المغنى ٨/ ٥٦٩.
(4) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٥٦؛ أحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢١٧٤.

المطلب السادس
فى
ذكاة الاضطرار

الذكاة نوعان:

١- ذكاة فى حالة الاختيار وذلك عندما يكون الحيوان مقدورا عليه، فسواء كان إنسيا أو متوحشاً فلابد من ذكاته بذبح ما يذبح ونحر ما ينحر فى الحلق واللبة لا يحل بغير ذلك.

وكذلك الصيد إن أدركه صاحبه حيا وقد قدر على ذكاته فى الحلق واللبة فلابد من ذلك ولا يحل بمجرد العقر. وقد سبق بيان أحكام ذكاة الاختيار.

٢- النوع الثاني: ذكاة الاضطرار.

إذا كان الحيوان غير مقدور على ذبحه فى الحلق واللبة فإنه يكتفى بجرحه فى أى موضوع قدر عليه ويحل أكله إن قتل بذلك، وإنما جاز فيه ذلك، لأن الذبح إذا لم يكن مقدورا ولابد من إخراج الدم لإزالة المحرم وتطييب اللحم بإزالة الدم المسفوح. فيقام سبب الذبح وهو الجرح مقامه، لأن الأصل فى الشرع هو إقامة السبب مقام المسبب عند العذر والضرورة.

وذكاة الاضطرار تتحقق فى صورتين:

الأولى: الصيد:[1].

اتفق الفقهاء[2] على حل الصيد إذا أصابه السهم فجرحه[3] وقتل من هذه الجراحة، وكذلك ما عقره الجارح إذا قتل من هذا العقر فى أى موضع كان العقر.

أما ما أدركه صاحبه وفيه حياة مستقرة فلابد من ذكاته فى الحلق واللبة فإن ترك ذكاته لم يحل بالعقر لأنه فى حكم المقدور عليه.

ودليل ذلك ما روى عن عدى بن حاتم أنه سأل رسول الله - ﷺ - عن المعراض فقال ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فقتل فلا تأكل فإنه وقيذ[4].

الثانية: غير المقدور عليه من الحيوان الإنسى:-

إذا ند بعير- أى هرب- وكذا غيره من الحيوان فلم يقدر على تذكيته فى موضع الذبح، أو تردى فى بئر أو قليب فلم يقدر على تذكيته فى الحلق واللبة فقد اختلف العلماء فى كيفية ذكاته على قولين:

---

(1) والمراد بالصيد هو ما يصيده من حيوان الوحش بسهمه أو بجارحه المعلم، أما الحيوان الأهلى فإنه لا يسمى صيدا.

(2) الزرقانى على الموطأ ٣/ ٥٨، ٨٧، الام ٢/ ٢٣٤، المغنى ٨/ ٥٤٨، المحلى ٧/ ٤٥٩، البحر الزخار ٥/ ٢٩٥ وما يليها.

(3) فان لم يجرحه السهم لم يؤكل كما لو صيد بالمعراض إذ هو وقيذ، وكذلك ما مات خوقا من الجارح من غير أن يجرحه.

(4) قال الترمذى حسن صحيح ٣/ ١٤٣، ٢٤٧، النسائى رقم ٤٢٨٠، ابن ماجه ٢/ ١٠٧٢.

الأول: وذهب إليه المالكية وسعيد بن المسيب والليث بن سعد وربيعة[1].

أن ما توحش من الحيوان الإنسى أو تردى فى بئر لا يحل إلا بما يحل به المقدور عليه من الحيوان الإنسى وهو الذكاة فى الحلق واللبة بنحر ما ينحر وذبح ما يذبح.

وحجتهم فى ذلك هى أن الحيوان الإنسى إذا توحش لم يثبت له حكم الوحشى بدليل أنه لا يجب على المحرم الجزاء بقتله ولا يصير الحمار الأهلى مباحا إذا توحش، ثم إنه مقدور عليه فى الغالب فلا يراعى النادر منه، فالأصل فى الحيوان الأهلى أن يذبح أو ينحر ولا يؤكل إلا بذلك ولو توحش.

وحملوا حديث رافع بن خديج على أن ذلك تسليط على حبسه لا على ذكاته بدليل أنه قال فحبسه ولم يقل إن السهم قتله وبعد أن صار محبوسا صار مقدورا عليه فلا يؤكل إلا بالذبح أو النحر.

الثانى: ذهب إليه جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين كعلى وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة ومسروق والأسود وحماد والثورى وغيرهم[2].

ومن أصحاب المذاهب الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] والظاهرية[6] والزيدية[7].

---

(1) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢١٥٣، الزرقانى على الموطأ ٣/ ٨٥، بداية المجتهد ١/ ٤٥٤، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٧.

(2) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٧، ٤٣٨، المغنى ٨/ ٥٦٦.

(3) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٧، ٤٣٨، البدائع ٥/ ٤٣.

أن ذكاته كذكاة الصيد فإن جرحه فى أى موضع قدر عليه فقتله أكل إلا أن تكون رأسه فى الماء فلا يؤكل لأن الماء يعين على قتله وسواء فى ذلك ما ند فى صحراء أو فى المصر، الإبل والبقر والغنم وجميع الحيوان فى ذلك سواء(١).

الأدلـة:

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة كثيرة نذكر منها:

١- قوله تعالى: ﴿ **إلا ما ذكيتم** ﴾ مع قوله تعالى ﴿ **لا يكلف الله نفسا إلا وسعها** ﴾ .

فصح أن التذكية كيفما قدرنا، لا نكلف منها ما ليس فى وسعنا، وليس فى وسعنا فى غير المقدور عليه إلا هذا فلا نكلف بغيره.

٢- ما روى عن رافع بن خديج قال كنا مع النبى - ﷺ - فند بعير وكان فى القوم خيل يسير فأعياهم فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه فقال النبى - ﷺ - (إن لهذه البهائم أو ابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فأصنعوا به هكذا). وفى لفظ

(٤) الأم ٢/ ٢٣٤.

(٥) المغنى ٨/ ٥٦٦.

(٦) المحلى ٧/ ٤٤٦، ٤٤٧.

(٧) البحر الزخار ٥/ ٣٠٩.

(١) يرى الحنفية أن الشاة إذا ندت فى المصر لم يجز عقرها لأنه يمكن أخذها إذ هى لا تدفع عن نفسها فكان الذبح مقدورا عليه فلا يجوز العقر لأنه خلف عن الذبح والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف، البدائع ٥/ ٤٣.

فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا[1] قال الشافعى تسليط النبى - ﷺ - على هذا الفعل دليل على أنه ذكاة.

والبعير الذى ند على عهد رسول الله - ﷺ - كان بالمدينة فدل على أن ند البعير فى المصر والصحراء سواء فى الحكم.

٣- روى عن رافع بن خديج أن بعيراً تردى في بئر فذكى من قبل شاكلته- أى خاصرته- فأخذ منه ابن عمر عشيرا بدرهمين[2].

وكذا روى عن على أنه أخبر بمثل ذلك فقال للسائل أهد لى عجزه.

كما روى عن أبى عباس قال ما أعجزك من البهائم فهو بمنزلة الصيد.

كما روى عن عائشة وابن مسعود ولم يعرف لهم من الصحابة مخالف فكان إجماعاً[3].

٤- أن الاعتبار فى الذكاة بحال الحيوان وقت ذبحه لا بأصله بدليل أن الوحشى إذا قدر عليه لم يحل إلا بما يحل به الإنسى، فكذلك ينبغى فى القياس إذا توحش أو صار فى معنى الوحشى من الامتناع أن يحل بما يحل به الوحشى.

---

(1) فتح البارى ٩/ ٥٣٩، ٥٥٤؛ ابن ماجه ٢/ ١٠٦٢، الدرمى ٢/ ٨٤.

(2) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٨، المغنى ٨/ ٥٦٧، المحلى ٧/ ٤٤٧.

(3) المحلى ٧/ ٤٤٧.

٥- اتفق الجميع على أن رمى الصيد يكون ذكاة له إذا قتله ثم لا يخلو المعنى الموجب لكونه ذلك ذكاة من أحد وجهين:

الأول: إما أن يكون ذلك لجنس الصيد.

الثانى: وإما لأنه غير مقدور على ذبحه.

فلما اتفقوا على أنه إذا قدر على الصيد وصار فى يده حيا لم تكن ذكاته إلا بالذبح كذكاة ما ليس من جنس الصيد دل ذلك على أن هذا الحكم لم يتعلق بجنسه وإنما تعلق بأنه غير مقدور على ذبحه فى حال امتناعه فوجب مثله فى غيره إذا صار بهذه الحال لوجود العلة التى من أجلها كان ذلك ذكاة للصيد[1].

الترجيح:

مما سبق يتبين لنا أن مذهب الجمهور هو الأولى لقوة أدلتهم وضعف ما تمسك به أصحاب القول الأول. لهذا نجد ابن رشد[2] يقول والعمل بهذا الحديث ويقصد حديث رافع بن خديج- أولى لصحته إلى أن يقول. وذلك لأن العلة فى كون العقر ذكاة فى بعض الحيوان ليس شيئا أكثر من عدم القدرة عليه لا لأنه وحشى فقط فإذا وجد هذا المعنى من الإنسي جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشي فيتفق القياس والسماع.

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٧، ٤٣٨.

(٢) بداية المجتهد ١/ ٤٥٤.

المطلب السابع
فى
ذكاة الجنين

لا خلاف بين أهل العلم[1] أن من ذبح بهيمة فخرج من بطنها جنين حي وكانت حياته مستقرة بحيث يمكن تذكيته أنه لا يحل بغير ذكاة.

وذلك لانفصاله عن أمه حيا فلم يذك بذكاة غيره فإن تركه حتى مات دون أن يذكيه فلا يحل أكله.

أما إن خرج من بطن الأم بعد ذبحها ميتا أو خرج حيا ولكن لم تكن حياته مستقرة بحيث لم يدرك تذكيته فهل يحل بذكاة أمه أم لا يحل؟

القول الأول: أنه لا يحل مطلقاً أشعر أم لم يشعر.

ذهب إلى ذلك أبو حنيفة وزفر[2] والزيدية[3] وهو قول النخعي والحكم وابن عيينه وحماد وهو قول الظاهرية[4] إن كان قد نفخ فيه الروح.

---

(1) المبسوط ١٢/ ٦، المنتقى للباجى ٣/ ١١٧، المجموع ٩/ ١٢٧ المغنى ٨/ ٥٨٠، الحاوى الكبير ٥/ ١٤٨.

(2) الهداية مع الفتح ٩/ ٤٩٨، المبسوط ١٢/ ٦، ٧، ٨.

(3) السيل الجرار مع الحدائق ٤/ ٧٠ البحر الزخار ٥/ ٣٠١.

(4) أما إن كان لم ينفخ فيه الروح بعد فهو حلال لأنه بعضها ما لم يكن دما لا لحم فيه وإلا لم يحل. يراجع المحلى ٧/ ٤١٨، ٤١٩.

أدلتهم: استدل أصحاب هذا المذهب من القرآن والسنة والمعقول.

فمن القرآن: قوله تعالى: ﴿ **حرمت عليكم الميتة** ﴾ إلى قوله ﴿ **إلا ما ذكيتم** ﴾ وهذا حيوان مات بغير ذكاة فلا يحل كغيره، ثم إن فرضنا حياته عند ذبح أمه ثم مات باحتباس النفس دخل فى حكم المنخنقة التى لم تذكى وهى محرمة بالآية؛ إذ هى لم تذكى.

ومن السنة: استدلوا بقول النبى - ﷺ - لعدى ابن حاتم إذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فإنك لا تدرى أن الماء قتله أم سهمك[1].

فقد حرم الصيد عند الشك فى سبب موته، وذلك موجود فى الجنين، إذ هو لا يدرى أنه مات بذبح الأم أو باحتباس نفسه.

٢- روى عن النبى - ﷺ - أنه قال (ذكاة الجنين ذكاة أمه)[2].

فالمراد بذلك التشبيه والمعنى أن ذكاة الجنين كذكاة أمه.

والدليل على أن المراد التشبيه أنه قدم الجنين ولو كان المراد النيابة لذكر النائب أولا، ولو سلم صحة دلالته على أن ذكاة الأم ذكاة للجنين فهو من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى وهذا دليل عدم الثبوت إذ لو ثبت لاشتهر.

أما المعقول فقد استدلوا به من وجهين:-

---

(١) قال الترمى حسن صحيح ٣/ ١٤٦، فتح البارى ٩/ ٥٢٥، الدارقطنى ٤/ ٢٩٤، البيهقى ٩/ ٢٣٦، ٢٣٩.

(٢) قال الترمذى حسن صحيح ٣/ ١٥١، ابن ماجة ٢/ ١٠٦٧، أبو داود رقم ٢٨٢٨.

الأول: أن ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين؛ لأن الجنين في حكم الحياة نفس على حدة مودعة في الأم بدليل أنه ينفصل عنها حيا فيبقى، ولا يتوهم بقاء الجزء حيا بعد موت الأصل، والذكاة تصرف في الحياة، فإذا كان في حكم الحياة نفسا على حدة فيشترط لحله ذكاة على حده.

الثاني: أن الهدف من الذكاة هو تسييل الدم وتمييز الطاهر -وهو اللحم- عن النجس - وهو الدم- وبذبح الأم لا يحصل المقصود في الجنين فكان في حاجة إلى ذكاة على حدة.

القول الثاني: أنه يحل بذكاة أمه[1].

ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم من الصحابة والتابعين[2].

ومن أصحاب المذاهب مالك[3] والشافعي[4] وأحمد[5] وأبو يوسف ومحمد من الحنفية[6] وغيرهم.

---

(1) إلا أنه يستحب ذبحه حتى يخرج الدم الذى فى جوفه فيطيب لحمه، وقد روى عن ابن عمر أنه كان يعجبه ذلك.

(2) فمن الصحابة عمرو على وابن عمر وابن عباس وغيرهم حتى روى أنه قول جميع الصحابة فقد روى الزهرى عن ابن كعب ابن مالك قال كان أصحاب رسول الله - ﷺ - يقولون: ذكاة الجنين ذكاة أمه. الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢١٥، والمحلى ٧/ ٤١٩.

(3) الزرقانى على الموطأ ٣/ ٨٣، ٨٤، المنتقى للباجى ٣/ ١١٧.

(4) الحاوى الكبير ١٥/ ١٤٨، وما بعدها، المجموع ٩/ ١٢٨.

(5) المبدع فى شرح المقنع ٩/ ٢٢٤، وما بعدها، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٠٨.

(6) المبسوط ١٢/ ٦٧.

الأدلة:-

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

فمن القرآن استدلوا بقوله تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام** ﴾ [1].

قال ابن عباس وابن عمر بهيمة الأنعام هى أجنتها إذا وجدت ميتة فى بطون أمهاتها يحل أكلها بذكاة الأمهات[2] والغالب من تأويلهم أنهم لم يقولو ذلك إلا نقلا.

كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿ **ومن الأنعام حمولة وفرشا** ﴾[3].

قالوا المراد بالفرش الصغار من الأجنة والحمولة هى الكبار، حيث منَّ الله على عباده بإحلال أكل ذلك لهم. ومعلوم أن الجنين هو ما كان فى بطن الأم.

أما السنة فقد استدلوا بما يلى:

أ- روى عن أبى سعيد قال يا رسول الله إن أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة فيجد فى بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله قال كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه[4].

ويستدل بالحديث من وجهين:

---

(1) المائدة، آية/ ١.

(2) قال القرطبى بعد أن نقل هذا التأويل عنهما وفيه بعد لأن الله قال (إلا ما يتلى عليكم) وليس فى الأجنة ما يستثنى الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣/ ٢١٣٣.

(3) سورة الأنعام، بعض آية رقم/ ١٤٢.

(4) ابن ماجة ٢/ ١٠٦٧، الحاكم ٤/ ٤١٤.

الأول: أن ذكاة الأم نائبة عن ذكاة الجنين.

الثانى: أن سوءالهم إنما كان عن الميت لأنه محل الشك بخلاف الحى الممكن ذبحه فيذكى لاستقلاله بحكم نفسه، فكان الجواب عن الميت ليطابق السؤال، ثم إنه لو أمكن ذكاته لم يحتاج إلى السؤال عنه.

ب- روى عن على وابن عباس وابن عمر وجابر وأبى هريرة أن النبى - ﷺ - قال: (ذكاة الجنين ذكاة أمه)[1].

برفع ذكاة فى الموضعين مبتدأ وخبرا والمعنى أن ذكاة أمه ذكاة له.

وبهذا يتبين أن الحديث جعل ذكاة الأم نائبة عن ذكاة الجنين.

أما أدلتهم من الإجماع:-

فإن القول بحل الجنين بذكاة أمه قول على وابن عمر وجابر وأبى هريرة وابن عباس- كما روى عن ابن كعب بن مالك قال كان أصحاب النبى - ﷺ - يقولون: "ذكاة الجنين ذكاة أمه"[2] وما انعقد به إجماعهم لم يجز فيه خلافهم.

أما استدلالهم من المعقول فمن وجوه.

الأول: أن الجنين فى حكم جزء من أجزاء الأم فهو متصل بها اتصال خلقة فهو يغتذى بغذائها، وحياته بحياتها فوجب أن

---

(1) سبق تخريجه.

(2) سبق تخريجه.

تكون ذكاته ذكاتها، إذ هو يتبعها فى الأحكام تبيعة الأجزاء حتى لا يجوز استثناؤه فى البيع كيدها ورجلها.

الثانى: لو لم يحل الجنين بذكاة الأم لما حل ذبح البهيمة الحامل، ولما أقرهم النبى – ﷺ – على ذلك لأن فى ذلك تضييعاً للمال لخروج الجنين ميتا فى الغالب، وهو مال لا يحل إتلافه لغير فائدة.

الثالث: أن الذكاة تبنى على التوسع، والأصل فيها الذبح فى الحلق واللبة فى المقدور عليه والعقر فى غير المقدور عليه، لأن ذلك وسع مثله، والذى فى وسعه فى الجنين هو ذبح الأم لأن الجنين فى البطن.

ولا يتأتى فيه فعل الذكاة مقصودا وبعد الإخراج لا يبقى حيا فتجعل.ذكاته ذكاة أمه للضرورة.

الخلاف فيما لم يشعر:

بعد أن اتفق الجمهور على حل الجنين بذكاة أمه اختلفوا فيما لم يشعر منه فذهب مالك وعطاء وطاووس وغيرهم.

إلى أنه لا يؤكل إلا إذا نبت شعره وتم خلقه.

وذهب غيرهم إلى أنه يؤكل بذكاة الأم أشعر أو لم يشعر[1] .

استدل لمالك بما روى عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول إذا نحرت الناقة فذكاة ما فى بطنها فى ذكاتها إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره[2].

---

(1) تراجع المصادر السابقة.

وأما ما روى عن ابن عمر مرفوعا (ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر أو لم يشعر) فهو ضعيف بمبارك بن مجاهد، وابن أبى ليلى سئ الحفظ عندهم.

ولهذا ألغى مالك الحديث الثانى لضعفه وأخذ بالأول وقيد به قول الرسول - ﷺ - (ذكاة الجنين ذكاة أمه).

كما يمكن أن يستدل له بالقياس.

إن كون الجنين محلا للذكاة يقتضى أن يشترط فيه الحياة قياسا على الأشياء التى تعمل فيها التذكية، والحياة لا توجد فيه إلا إذا نبت شعره وتم خلقه.

كما يمكن أن يستدل له بما روى عن ابن كعب بن مالك أنه قال كان اصحاب رسول الله - ﷺ - يقولون إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه.

أما الشافعى وأحمد وغيرهم ممن لم يشترط الإشعار فيستدل لهم بما يلى:-

أ- أن ابن عمر روى عنه روايتان إحداهما مقيدة بالإشعار والأخرى نافية له ولما تعارضت الروايتان تساقطتا وبقى قوله - ﷺ - (ذكاة الجنين ذكاة أمه) وهو يقتضى أن لا يقع هنا لك تفصيلاً، وأن الجنين يحل بذكاة الأم مطلقاً.

ب- أن القياس يقتضى أن تكون ذكاته فى ذكاة أمه من قبل أنه جزء منها، وعلى هذا فلا معنى لاشتراط الإشعار أو عدمه.

---

(٢) الزرقانى على الموطأ ٣/ ٨٣.

جـ- ثم إن الرسول - ﷺ - عندما سئل عن الجنين الذى يخرج من بطن البهيمة بعد ذبحها قال (كلوه إن شئتم) دون أن يسألهم عن الجنين أشعر أم لا، وهذا يدل على عدم الفرق بينهما.

الترجيح:

بعد هذا العرض للآراء والأدلة. أرى أن رأى الجمهور القائلين بحل الجنين بذكاة أمه الراجح لما استدلوا به ولضعف أدلة الحنفية ومن وافقهم وبيان ضعفها كالتالى:

١- استدلالهم بالآية لا حجة لهم فيه من وجهين:

الأول: أن عموم الآية مخصوص فى الجنين بالسنة الصحيحة التى استدل بها الجمهور كما خصت فى الحوت والجراد.

الثانى: أن الجنين خارج عن الميتة لأن موته بذكاة أمه ولو مات بغير ذكاتها كما لو ألقته ميتا فإنه لا يحل لأنه ميتة.

٢- استدلالهم بحديث (إذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل) مردود بأنه قياس مع الفارق.

لأن هذا وقع الشك فى سبب موته هل مات من السهم فيحل لأنه صيد، أم مات بسبب الوقوع فى الماء فلا يحل، وإذا وقع الشك غلب جانب الحظر.

أما الجنين فلم يقع الشك فى سبب موته؛ لأن ذكاة أمه وذبح أمه مشاهد فكانت حلالا، وحل الجنين تبعٌ لها.

٣- حملهم الحديث على التشبيه بعيد لوجوه.

أ- أن اسم الجنين منطلق عليه إذا كان مستجنا فى بطن أمه فيزول عنه الاسم إذا انفصل عنها، فيسمى ولدا ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ **وإذ أنتم أجنة فى بطون أمهاتكم** ﴾. (النجم ٣٢) وإذا ثبت أنه لا يسمى جنينا إلا وهو فى البطن كانت ذكاته متعذرة فبطل أن يحمل على التشبيه ووجب حمله على النيابة.

ب- أنه لو أراد التشبيه لساوى الام غيرها ولم يكن لتخصيص الأم فائدة فوجب أن يحمل على النيابة ليصير للتخصيص بالأم فائدة.

جـ- أن فى حمله على التشبيه تقدير مستغنى عنه؛ لأن التقدير أن يذكى ذكاة مثل ذكاة أمه، ففيه حذف الموصول وبعض الصلة، وهو أن والفعل بعدها، وهو لا يجوز وفيه تكثير الإضمار وهو خلاف الأصل.

٤- قولهم إن الحديث ورد بنصب ذكاة وذلك يؤيد أن المراد التشبيه غير مسلم؛ لأن نصب ذكاة إما على الظرفية كجئت طلوع الشمس أى وقت طلوعها، ويكون المعنى إن ذكاته حاصلة وقت ذكاة أمه أو على التوسع نحو (واختار موسى قومه) أى ذكاته فى ذكاة أمه وكل منهما أولى لقلة الإضمار واتفاقه مع رواية الرفع.

وإن سلم أن المراد بها التشبيه فإنه يحمل على ما إذا خرج حيا، وتستعمل رواية الرفع على ما إذا خرج ميتا وهذا أولى من استعمال إحدى الروايتين وإسقاط الأخرى.

٥- قولهم إن ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين يجاب عنه بأنهم يقولون عتق الأمة الحامل عتق لولدها وهذا يلزمها أن ذكاته ذكاة أمه لأنه إذا جاز أن يكون عتق واحد عتق اثنين جاز أن يكون ذكاة واحد ذكاة اثنين.

٦- قولهم إنه مات باختناقه فى بطن الأم لا بالذكاة فدخل فى تحريم المنخنقة قيل لا يجوز أن يعلق على الأسباب المباحة أحكام المحظورات كما لا يجوز العكس وموت الجنين بذبح أمه مباح يتعلق به إحلال الأم فتبعها فى الحكم والمنخنقة ضدها لتحريم جميعها فتعلق به تحريم أكلها.

وبعد أن رجحنا رأى الجمهور:

فإننى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الشافعية ومن وافقهم من القول بحله بذكاة أمه أشعر أم لا.

لأن ما استدل به المالكية عن ابن عمر الأصح أنه موقوف عليه ولا حجة فيه وقد ضعف ابن حزم إسناده، ثم إنه روى عن ابن عمر خلافه، كما أنه مخالف لما ورد عن النبى - ﷺ - من قوله كلوه إن شئتم حيث أباح أكله دون أن يسألهم عنه أشعر أم لا.

والله أعلم.....

المبحث الثامن

فى

الميتة والدم والخنزير

من الأمور المسلم بها والمتفق عليها بين جميـــع علمـــاء المسلمين سلفا وخلفا الميتة والدم والخنزير ودليل هـــذا الاتفـــاق ماورد من نصوص صريحة فى القرآن وفى سنة رســـول الله – ﷺ – ، وما دل عليه العقل السليم والفطرة المستقيمة وحتى نقف على تفاصيل هذه الأشياء كان علينا أن نبحث هذا الموضوع فـــى جملة مطالب.

المطلب الأول
فى
الميتة[1]

تبين لنا مما سبق أن الذكاة شرط لحل أكل الحيوان المأكول فإذا فقدت الذكاة أو احتل شرط من شروطها لم يحل أكل الحيوان حتى وإن كان فى الأصل مباح الأكل، ويسمى هذا الحيوان ميتة وقد حرم الله الميتة تحريما معلقا بعينها، كما حرمها رسول الله -ﷺ- ، وكذا دل الإجماع والمعقول على تحريمها.

وإليك الأدلة بالتفصيل:

أولاً: أدلة تحريم الميتة من الكتاب:-

أ- قوله تعالى : " إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ "[2] فهذا يدل على تحريم الميتة وهو نص صريح فى الموضوع.

ب- قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ومأأهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطحية

---

[1] الميتة من الحيوان ما مات حتف أنفه والجمع ميتات بالتشديد والتزم التشديد فى ميتة الأناسى لأنه الأصل والتزم التخفيف فى غير الأناسى فرقا بينها، ولأن استعمال هذه فى االآدميات أكثر فكانت أولى بالتخفيف . المصباح ٢ /٨٠٣، المعجم الوسيط ٢ /٩٢.

وفى عرف الشرع هى ما مات حتف أنفه من غير سبب لآدمى فيه وقتل على هيئة غير مشروعة إما فى الفاعل أو فى المفعول. أحكام القرآن للجصاص ١/١٥٠، المحلى لابن حزم ٧ /٣٨٨.

[2] بعض آية رقم ١٧٣ من سورة البقرة.

وما أكل السبع إلا ما ذكيتم"[1] فقد حرم الله سبحانه كل ما ذكر فى الآية ثم استثنى منه بالإباحة كل ما ذكى، فكان المذكى منه حلالا وغير المذكى منه حراما.

ج- قوله تعالى: " وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِبات وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ"[2] فالطيب حلال والخبيث حرام، واللحم لا يطيب إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بالنحر أو الذبح، فكان تحريم الميتة لمكان المسفوح ؛ لأنه لو ترك لسارع الفساد إلى اللحم فيصبح من الخبائث.

د- قوله تعالى : " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به"[3]

فقد دلت الآية على تحريم الميتة إذ هى مما اوحى إلى رسول الله -ﷺ- تحريمه.

ثانيا: من السنة :-

أ- روى عن النبى -ﷺ- أنه مر بشاة فقال هلا انتفعتم بإهابها قالوا إنها ميتة قال إنما حرم أكلها[4] فقد دل الحديث على حرمة أكل الميتة من الحيوان فكان نصا فى الموضوع.

---

[1] بعض آية رقم ٣ من سورة المائدة.

[2] بعض آية رقم ١٥٧ من سورة الأعراف.

[3] بعض اية رقم ١٤٥ من سورة الأنعام.

[4] سبل السلام ١ /٣٢، فتح البارى ٩ / ٥٧٥، ابن ماجة ١/ ١١٩٣.

ثالثا : أدلة تحريم الميتة من الإجماع:-

أجمع السلف والخلف من أمة محمد صلىالله عليه وسلم على تحريم الميتة ولم يخالف فى ذلك أحد[1]

رابعا: أدلة تحريم الميتة من المعقول

أ- إن الميتة نجسة العين والنجس خبيث والخبيث حرام بالنص.

ب- إن الحرمة فى الحيوان المأكول إنما هى لمكان الدم المسفوح، وهو لا يزول إلا بالذبح أو النحر فإذا مات الحيوان من غير أن يذبح أو ينحر كان محرما لاشتماله على الدم المحرم.

---

[1] المغنى ٨/ ٥٩٥، العناية مع الفتح ٩ / ٤٨٦.

ميتة السمك والجراد

كما اتفق الفقهاء على حرمة الميتة من الحيوان اتفقوا على استثناء السمك والجراد من هذا الحكم العام. وقد سبق بيان ذلك مفصلا[1]

ما يلحق بالميتة فى الحرمة:-

١- ما قطع من الحيوان وهو حى:-

مما يأخذ حكم الميتة فى حرمة أكله ما قطع من الحيوان وفيه حياة مستقرة فأبين عنه[2] .

وهذا حكم متفق عليه إذا كان القطع قبل التذكية[3] ودليل ذلك مارۏى عن النبى -ﷺ- أنه قال:

ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة[4] ولأن إباحة العضو من الحيوان المأكول إنما تكون بالذبح، والقطع له لا يسمى ذبحا فلم يحل به لأن حكم الذكاة لم يثبت فيه وقت القطع لانعدامها.

(١) يراجع صـ ٢٢ ومايليها، ص ١٧٣ من هذا البحث.

(٢) أما إن بقى العضو المقطوع معلقا بالحيوان فإن كان متصلا بالجلد فقط دون اللحم والعظم وكان بمنزلة ما قد بان لم يؤكل أما إن كان متصلا بالحيوان ببعض اللحم بحيث يتوهم اتصاله بعلاج ونحوه فانه يؤكل بذكاتها لأن بقاء الاتصال يسرى حكم الذكاء إليه البدائع ٤٤/٥، المجموع ٩١/٩، المغنى ٥٨/٨.

(٣) البدائع ٤٤/٥، مواهب الجليل ١٠٠/١، الام ٢٢٩/٢ المحلى ٤٤٩/٧.

(٤) سبل السلام ٢٨/١،٢٩، نيل الأوطار ١٤٦/٨، كما أخرجه الترمذى وقال حسن غريب ٣/ ١٥٣، ابن ماجه ٢/ ١٠٧٢، المستدرك ٢٣٩/٤ وصححه

فإذا ذبحت بعد ذلك لم يحل أكله لفوات الحياة في ذلك الجزء وقت الذبح لانفصاله بالقطع، وحكم الذكاة لا يظهر في الجزء المنفصل، وتحل بقية أجزاء الحيوان الأخرى إذ هي مذكاة.

قطع العضو بعد التذكية وقبل خروج الروح:-

إذا كان القطع للعضو بعد التذكية وقبل أن يبرد الحيوان فقد ذهب الجمهور[1] إلى القول بحل أكله مع الكراهة واستدلوا بما روى عن عمر أنه قال [أقروا الأنفس حتى تزهق] ولم يخالفه أحد من الصحابة فكان بمثابة الإجماع وهو يدل على كراهة القطع أو السلخ حتى يبرد الحيوان وتخرج منه الروح.

وروى عن ابن حزم[2] أنه لا يحل أكل المقطوع بعد التذكية وقبل خروج الروح فإذا خرجت الروح حل الحيوان وحل المقطوع منه. ودليله على ذلك قوله تعالى - [فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُواْ مِنْهَا] فلم يبح أكل شئ منها إلا بعد وجوب الجنب وهو الموت، فإذا ماتت فالذكاة واقعة على جميعها فكان المقطوع منها مذكى فإذا حلت هى حلت بجميع أجزائها.

٢- المجثمة والمصبورة:-

مما يأخذ حكم الميتة فى حرمة أكله المجثمة والمصبورة، أما المجثمة فهى الطائر أو الأرنب يجعل غرضا ثم يرمى حتى يقتل والمصبورة مثله غير أن المجثمة لا تكون إلا فى الطائر

---

[1] رد المحتار ١٩٧/٥، الشرح الكبير مع الدسوقى ٢/ ١٠٨، المجموع ٩١/٩، المغنى ٨/ ٥٨٠.

[2] المحلى ٧ / ٤٤٩.

والأرنب وشبهها والمصبورة تكون فى كل حيوان وهما حرام كالميتة[1] لما روى عن أبى الدرداء قال [نهى رسول الله -ﷺ- عن المجثمة وعن أكلها ونهى عن المصبورة وعن أكلها][2] ، ولأن الحيوان المقدور عليه لا يحل أكله بغير ذكاة، والمجثمة والمصبورة مقدور عليهما إلا أنهما ماتا بغير ذكاة فلم يحلا.

٣- المنخنقة[3] والموقوذة[4] والمتردية[5] والنطحية[6] وأكيلة السبع[7]:-

مما يأخذ حكم الميتة ويلحق بها المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطحية وأكيلة السبع إذا ماتت من غير أن تذكى فهى حرام لا يحل أكلها كمالا يحل أكل الميتة.

---

(١) المغنى ٨/ ٥٧٦.

(٢) ذكره الزيلعى فى نصب الراية ٤/١٩٣- عن ابى الدرداء بلفظ نهى رسول الله - ﷺ- عن أكل كل ذى خطفة ونهبه ومجثمة.

(٣) المنخنقة هى التى عصر حلقها حتى ماتت وسواء أكان ذلك بفعل فاعل أم بنفسها. يقال خنقة خنقا إذا عصر حلقه حتى يموت فهو خانق وخناق. المصباح ١ /٢٥٠، المعجم الوسيط ٢٦٩/١.

(٤) الموقوذة هى التى ضربت بعصا أو بأى مثقل حتى ماتت يقال وقذ فلانا يقذة وقذاً ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت وشاة موقوذة قتلت بالخشب وفى معناها ما يرمى من الطير بالسهام التى لا نصل لها أو بحجر ونحوه فيموت. مختار الصحاح ٧٣١، ٧٣٢، المعجم الوسيط ٢ / ١٠٩١، حياة الحيوان ١٢٢٩.

(٥) المتردية: هى التى سقطت فى هوة أو من مكان مرتفع يقال تردى فى مهواة سقط فيها والردى الهلاك ورديته أسقطته وأردى فلان أسقطه وأهلكه. المعجم الوسيط ١/ ٣٢٥، المصباح ١ / ٣٠٦.

(٦) النطيحة هى ما مات من نطح حيوان آخر يقال للأنثى نطيحة والجمع نطحى ونطائح. المصباح ٨٣٩/٢، المعجم الوسيط ٢/ ٩٦٧.

(٧) أكيلة السبع: هى التى عدا عليها أحد الحيوانات المفترسة فأكل منها شيئا قل أو كثر.

ودليل ذلك قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطحية وما أكل السبع إلا ما ذكيتم"

فقد حرم الله كل ما ذكر فى الآية واستثنى منه بالإباحة كل ما ذكينا فكان المذكى حلالا وغير المذكى حراما.

وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء إلا أنهم اختلفوا فى الحد الذى إذا وصلت إليه هذه الأصناف لا تعمل فيها الذكاة وحاصل خلافهم يتمثل فى الآتى:-

أ- يرى أبو حنيفة (١) والظاهرية (٢) وأحمد فى رواية(٣) وهو قول الشعبى والثورى والحسن البصرى وقتادة وغيرهم(٤) وهو قول للشافعية (٥) وبه قال الزيدية(٦).

إن المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع تحل إذا أدركت فذبحت أو نحرت وفيها شئ من الحياة وسواء أكانت الحياة فيها متوهمة البقاء أم غير متوهمة.

وقد استدلوا لقولهم هذا بمايلى:-

١- قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم"،فقد استثنى سبحانه

---

(١) المبسوط ١٢ /٥

(٢) المحلى ٧ / ٤٥٨، ٤٥٩.

(٣) المغنى ٨ /٥٨٤.

(٤) المجموع ٩/ ٩٢.

(٥) المصدر السابق ٩ /٨٨.

(٦) البحر الزخار ٥ / ٣٠٩.

وتعالى المذكى من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم إباحة، وهذه مذكاة لوجود فرى الأوداج مع قيام الحياة فدخلت فى النص، ثم إن الله سبحانه قد أباح ما ذكينا قبل الموت ولم يشترط استقرار الحياة، أوكونها مما يتوهم بقاء حياتها فلا نبال من أيها ماتت قبل ؛ لأن اشتراط ذلك زيادة على النص وهو لا يجوز[1] .

٢- روى عن أبى مرة مولى عقيل بن أبى طالب أنه وجد شاة لهم تمت فذبحها فتحركت فسأل زيد بن ثابت فقال إن الميتة تتحرك فسأل أبا هريرة فقال كلها إذا طرفت عينها أو تحركت قائمة من قوائمها.

٣- روى عن على قال إذا ضربت برجلها أو ذنبها أو طرفت بعينها فهى ذكى.

٤- عن أبى طلحة الأسدى قال عدى الذئب على شاة ففرى بطنها فسقط منه شئ إلى الأرض فسألت ابن عباس فقال انظر ما سقط منها إلى الأرض فلا تأكله وأمره أن يذكيها فيأكلها.

٥- روى أن سعيد بن جبير رأى نعامة تركض برجلها فقال ما هذه قالوا وقيذ وقعت في بئر فقال ذكوها فإن الوقيذ ما مات فى وقذه[2]

٦- أن المقصود من الذكاة هو تطييب اللحم بتسييل الدم النجس وقد حصل فكانت حلالا[1]

---

[1] البدائع ٥ /، المحلى ٧ / ٤٥٨.
[2] يراجع المحلى ٤٥٨/٧، ٤٥٩.

ب- أما المالكية والشافعية فى المذهب والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية فيفرقون بين حال وحال فلهذه الأصناف حالان تدرك عليهما .

الحالة الأولى:-

أن تدرك وليس فيها إلا حركة المذبوح بأن يجدها منفوذة المقاتل أو مقطوعة النخاع أو منتشرة الدماغ أو مفتوقة المصران إلى غير ذلك من كل مالا يعيش الحيوان مع وجوده ففى كل هذه الأحوال لا تحل بالذكاة وإن ظهرت حياة الحيوان بعد الذبح[٢] ، لأن ما وصل إلى هذا الحد فقد استحال دوام حياته وإنما حركته بعد ذلك ما باب اضطراب الميت وتحركه عند فوات نفسه.

أنها إذا صارت إلى هذا الحد وكانت ميتة معنى فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة.

الحالة الثانية:-

أن يدركها وفيها حياة مستقرة [٣] بحيث يمكنه ذبحها فعند الشافعية[٤] والحنابلة[٥] وهو رواية ابن القاسم وأصبغ عن مالك[٦] .

---

(١) المبسوط ١٢ / ٥.

(٢) المنتقى ٣/١١٥، المجموع ٩ /٨٩، المبدع ٩/٢٢٢، المبسوط ١٢/٥.

(٣) من علامات الحياة المستقرة الحركة الشديدة بعد الذكاة وانفجار الدم، أو أن يبقى الحيوان اليوم واليومين مع الجرح أو الكسر ونحو ذلك. المجموع ٩ /٨٩.

(٤) المجموع ٩ / ٩٢.

(٥) المغنى ٨/ ٥٨٣.

(٦) المنتقى ٣ / ١١٤.

أنها تحل بالذكاة وسواء أكانت انتهت إلى حال يعلم أنها لا تعيش معه أو تعيش.

وقد استدلوا لذلك بما يلي

أ- عموم قوله تعالى : " إلا ما ذكيتم " فقد استثنى الله من التحريم ما أدركت ذكاته.

ب- جاء في حديث جارية كعب أنها أصيبت شاة من غنمها فأدركتها فذبحتها بحجر فسأل النبي -ﷺ- فقال كلوها. حيث لم يستفصل النبي -ﷺ- أكانت تعيش أم لا فقد دل على حلها بالذكاة متى كانت فيها حياة مستقرة كانت مما يتوهم بقاؤها أو لا.

ج- أن هذا حيوان مأكول أدركت ذكاته وبه بقية حياة فجاز أكله كالمريض.

د- روى أن ابن عباس سئل عن ذئب عدا على بهيمة فعقرها فوقع قصبها بالأرض فأدركها فذبحها بحجر قال يلقى ما أصاب الأرض ويأكل سائرها.

ويرى الحنابلة في رواية عن أحمد[1] – وبه قال مالك في رواية ابن الماجشون وابن عبد الحكم[2] وهو رواية عن أبي يوسف ومحمد من الحنفية [3] .

---

[1] المغني ٨/ ٥٨٤، المبدع ٩٤ /٢٢.

[2] الدسوقي ٢/ ١٣٣، المنتقى ٣/ ١١٤، ١١٥.

[3] ولأبي يوسف رواية أنها إن كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به نصف يوم حلت بالذكاة وإلا فلا. البدائع ٥/٥١.

إن شك فى حياتها أو يئس منه أو كان يعلم أنـــها تمـــوت قطعا فإنها لا تحل بالذكاة.

وقد استدلوا لذلك بما يلى:-

١- قوله تعالى : " إلا ما ذكيتم ومعناه إلا ماكانت ذكـــاتكم عاملة فيه منها، والذى تعمل فيه الذكاة منها هو الذى لم ينفـذ مقاتله هذا على اعتبار الاستثناء متصلا، أما علـــى اعتبـــاره منقطعا فالمعنى لكن ما ذكيتم من غيرها فلا يحرم عليكـــم إذا كان ذلك الغير غير منفوذ المقاتل.

٢- أن هذا حيوان لا ترجى حياته فلم تجز ذكاته أصل ذلك ما أنفذت مقاتله.

٣- أن النطحية والمتردية والموقوذة وأكيلة السبع قـــد طـــرأ عليها ما الأغلب منه الموت فلا نعلم أن الذكـــاة افاتتـــها أم النطح والوقذ والتردى إلخ لأننا نخاف أن يغلب على الظن أن الذى أفات نفسها مانزل بها.

الترجيح :-

بعد أن ذكرنا آراء الفقهاء وأدلتهم فى هـــذا الموضـــوع فإننى أميل إلى ترجيح القول الأول وهو ما ذهب إليه أبو حنيفـــة والظاهرية ومن وافقهم من القول بحل هـــذه الأصنـــاف متـــى أدركت فذكيت وبها حياة، فمتى علم حياتها حلت بالذكاة ســـواء أكانت مما يرجى حياتها أم مما يتيقن هلاكها.

ودليل ذلك: عموم الآية [إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُم] وما أدركت حياتـه وذكى فهو داخل فى عموم النص فكان حلالا وعمـــوم حديـــث جارية كعب حيث أباحها النبى -ﷺ- دون أن يسأل أبها حيـــاة

مستقرة أم لا، يتوقع حياتها أو يتيقن موتها، فكانت هذه الشروط زيادة على الخبر فلا يعمل بها، ثم إن التحديد باليوم واليومين أو النصف يوم يخالف ظواهر النصوص ولا سبيل إلى معرفته ، ولأن غير الموقوذ لا يعلم هل يعيش اليوم أو اليومين أم لا، ثم إن فى حديث جارية كعب ما يدل على أنها بادرتها بالذكاة حين خافت موتها فى ساعتها ولم تنتظر لترى ما إذا كانت ستعيش أم لا.

٤- اللبن يخرج من الميتة:-

إذا استخرج من الحيوان بعد موته لبنا فهل يحل هذا اللبن أو يلحق بالميتة فى الحرمة اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو التالى:-

١- أن هذا اللبن طاهر يحل تناوله والانتفاع به ذهب إلى ذلك أبو حنيفة والظاهرية والحنابلة فى رواية [(١)] وقد استدلوا لذلك بما يلى:

أ- قوله تعالى : " وإن لكم فى الأنعام لعبرة نسقيكم مما فى بطونه من بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين" .فقد وصف الله اللبن بكونه سائغا للشاربين، والحرام لا يسوغ للمسلم، ثم إن الله وصفه بكونه خالصا وذلك يقتضى أن لا يشوبه شئ من النجاسة.

كما أن الآية خرجت مخرج المنة، والمنة إنما تكون بالحلال لابالحرام.

---

(١) البدائع ٥ /٤٣،المحلى ٧/ ٤١٨، المغنى ١ / ٧٤.

ب- أن الصحابة أكلوا الجبن لما دخلوا المدائن وهو يعمل بالأنفحة وهى تؤخذ من الحيوان وذبائحهم ميتة وهى بمنزلة اللبن.

ج- ان هذا اللبن حلال فى وعاء حرام فكان هو وما حلب منها فى حياتها سواء ؛ إذ هو بمنزلة اللبن الموضوع فى إناء الذهب والفضة.

٢- أن هذا اللبن نجس لا يحل تناوله ولا الانتفاع به ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة فى المذهب وبه قال ابو يوسف ومحمد من الحنفية[١] .

وقد استدلوا لذلك بما يلى:

أ- أن هذا اللبن مائع فى وعاء نجس فكان نجسا كما الوصب فى وعاء نجس.

ب- أن هذا اللبن لو أصاب الميتة بعد فصله عنها لكان نجسا فكذلك قبل فصله.

الترجيح:-

بعد ذكر القولين والأدلة أرى أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى هو الأولى بالاتباع لما يلى:-

١- أنه لا حجة فى الآية لأن الامتنان بذلك ينصرف إلى الحالة المعهودة وهى حالة ما قبل موت الحيوان.

٢- أن المنة فى إخراجه من بين الفرث والدم ليكون شرابا سائغا للشاربين ليكون دلالة على قدرة الله سبحانه.

---

[١] مواهب الجليل والتاج والأكليل ١ / ٩٣، المهذب ١ /١١ المغنى ١ / ٧٤، ٧٥ ، البدائع ٥ / ٤٠٣.

٣- أنه بعد الموت لا يكون سائغا غالبا فلم يكن موضعا للمنة.

٤- أن الصحابة أكلوا من الجبن عند فتحهم للمدائن لأن المجوس كان يتولى ذبائحهم اليهود والنصارى ولو لم ينقل ذلك عنهم لكان الاحتمال موجوداً الوجود اليهود والنصارى بينهم والأصل الحل فلا يزول بالشك.

٥- قولهم إنه مائع حلال فى وعاء حرام فكان حلالا قياسا على الوضع فى إناء الذهب والفضة غير مسلم لأن وعاء الذهب والفضة لا ينجس المائع الذى يوضع فيه، أما الميتة فإن بها رطوبات نجسة فلذلك ينتجس ما يوضع فيها أو عليها.

البيض يخرج من الميتة:-

إذا ماتت دجاجة أو نعامة أو شئ مما يبيض فاستخرج منها بيض فهل يحل أكله أم يلحق بالميتة. اختلف الفقهاء فى ذلك وحاصل خلافهم كالاتى:-

أ- الحنفية يقولون يحل أكلها مطلقا اشتد قشرها أم لا [(١)]

ودليلهم على ذلك أنها شئ طاهر فى نفسه مودع فى الحيوان منفصل عنه ليس من أجزائه فلا يكون تحريم الميتة تحريما لها.

ب- ويذهب الجمهور [(٢)] إلى التفريق بين ما أشتد قشرة وما لم يشتد.

---

(١) البدائع ٥ / ٤٣.

(٢) الإقناع ١ / ٢٤، التفسير الكبير ٢ / ٦٤٥.

١- فإن اشتد قشرها فهى طاهرة حلال لأنها لا تنجس إذ هى كالبيضة التى وقعت فى وعاء نجس فالنجاسة طارئة عليها وليست ذاتيه فيها.

٢- أما إن كان قشرها رطبا أو لم يكن لها قشر بعد فهى نجسة حرام إلا ماحكى عن بعض الحنابلة أنها طاهرة لأنّ البيضة عليها غاشية رقيقة كالجلد وهو القشر قبل أن يقوى فلا ينجس منها إلا ما كان لاقى النجاسة، ثم إن هذه النجاسة يمكن تطهيرها بالغسل لأن لها من القوة ما يمنع تداخل النجاسة فيها.

والذى أميل إليه من هذين القولين هو ما ذهب إليه الجمهور من التفريق بين ما اشتد قشره وما لم يشتد فما اشتد قشره فهو طاهر حلال إذ هو بمثابة شئ مودع فى الميتة، ثم إنها خارجة من حيوان يخلق منها مثل أصلها فأشبهت الولد الحى، ثم أنها لو وضعت تحت طائر فرخا كان حلالا طاهرا بكل حال.

أما إن كان قشرها رطبا فهى نجسة لملاقاتها النجاسة ثم إنها بعض حشوتها ومتصلة بها حيث لم تكتمل بعد والميتة حرام بجميع أجزائها

والله أعلم

المطلب الثانى
فى
الــــــدم[1]

اتفق الفقهاء على تحريم الدم المسفوح من الحيوان المذكى وعلى حرمة الدم السائل من الحيوان الحى أو الحيوان المحـــرم الأكل قليلا كان أم كثيرا، كما اتفقوا علىحل الكبد والطحال رغم أنهما دمان [2] .

أما أدلة تحريم الدم فقوله تعالى : " قل لا أجد فيما أوحـى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسـفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به" [3]

فقد حرم الله الدم المسفوح وسماه رجساً وفسقاً زيادة فـى التنفير منه.

وقوله تعالى : " ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث والدم المسفوح مما تستخبثه الطباع السليمة فكان محرما بـالنص ويقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) وبقوله (إنما حـــرم عليكم الميتة والدم) وأما الدم السائل من الحيوان الحـــى فـــهو

---

[1] الدم أصلة دمو بالتحريك وتثنيته دميان وبعض العرب يقولون دموان وقال سـيبوية أصله دمى بوزن فعل وقال المبرد أصله دمى بالتحريك فالذاهب منه الياء وهو الأصح وتصغير الدم دمى وجمعه دماء. مختار الصحاح ٢١١

[2] البدائــع ٥ /٦١، بدايـة المجتـهد ١ / ٤٦٧، المجمـوع ٩ /٦٩، ٧٠، المبـدع ٩ /١٩٣، كشـاف القنـاع ١ / ١٩١، المحلـى ٧ /٣٨٨، ٣٨٩، السـيل الجـرار ٤ /٩٤.

[3] سورة الأنعام الآية ١٤٥.

حرام وإن كان من حيوان مأكول لأنه من جملة الدم المسفوح ثم إنه أخذ من حي وما أخذ من حى فهو ميتة.

وأما ما أخذ من حيوان غير مأكول فهو ميتة إذ لا تعمل الذكاة فيه، ثم هو من جملة الدم المسفوح، أما الكبد والطحال فرغم أنهما دمان فى طبيعتهما إلا أنهما من المستثنيات من التحريم [1] لما روى عن عبدالله بن عمر أنه قال " أحلت لنا ميتتان ودمان وذكر الكبد والطحال" ،وبما روى عن أكل بعض الصحابة لهما فقد روى عن زيد بن ثابت قال إنى لآكل الطحال وما بى إليه حاجة إلا ليعلم أهلى أنه لا بأس ، ولأنها ليست من الدم المسفوح فكانت خارجة عن محل التحريم روى عن عكرمة قال قلت لابن عباس آكل الطحال قال نعم قلت إن عامتها دم قال إنما حرم الدم

[1] يرى الزيدية كراهة أكل الطحال لما روى عن على أنه قال هو لقمة الشيطان وهذا القول لا يعول عليه لعدم صحة ماورد عن على سبل السلام ١ / ٢٥، ٢٦، البحر الزخار ٥/ ٣٣٦.

الدم غير المسفوح[1]

بعد أن اتفق الفقهاء على حرمة الدم المسفوح اختلفوا في حكم غير المسفوح منه على النحو التالى:

القول الأول: يرى أن المحرم هو المسفوح فقط، أما الذى يكون فى خلال اللحم والعروق والمذبح فلا بأس به ذهب إلى ذلك الحنفية[2] والمالكية[3] فى المشهور ودليلهم على ذلك:

١- قوله تعالى : " إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا" فقد نفى الله على لسان رسوله -ﷺ- حرمة غير المذكور وأثبت حرمة المذكور وعلل لتحريمه بأنه رجس- أى نجس- ولو كان غير المذكور نجسا لكان محرماً لوجود علة التحريم وهذا خلاف النص إذ هو يقتضى أن لا يحرم سوى المذكور فيه.

٢- أن هذه الآية خاصة وقوله تعالى " حرمت عليكم الميتة والدم" عامة والخاص يقدم على العام

٣- إن قيل يجب إجراء العام على عمومه لأنه ليس فى الآية ما يخصصه فإنه يجاب بأن قوله تعالى : " أودما مسفوحا

---

[1] أصل السفح الصب يقال سفح الدم سفحا وسفح فهو سفوحا إذا سال قال ابن عباس يريد ما خرج من الأنعام وهى أحياء وما يخرج من الأوداج عند الذبح. المصباح المنير ١ / ٣٣٨، المعجم الوسيط ١ / ٤٤٨، التفسير الكبير ٦/ ٦١٥.

[2] البدائع ١ /٦١، ٥/ ٦١، أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٧٣.

[3] مواهب الجليل والتاج والإكليل ١ / ٣٩٦، ابن رشد فى بداية المجتهد ١ /٤٦٧.

جاء فيه نفى لتحريم سائر الدم إلا ما كان منه بهذا الوصف، وعلى هذا فلا يخلوا قوله تعالى - " إنما حرم عليكم الميتة والدم من أن يكون متأخرا عن قوله [إو دما سفوحا] أو أن يكونا نزلا معا، فإذا لم يعلم التاريخ وجب الحكم بنزولهما معا فلا يثبت حينئذ تحريم الدم إلا بهذه الصفة وهى كونه مسفوحا.

القول الثانى: يرى تحريم الدم مطلقا مسفوحا أوغير مسفوح ذهب إلى ذلك الشافعية[1] وهو قول للمالكية[2] والظاهرية [3] والزيدية[4] .

وقد استدلوا لذلك بعموم قوله تعالى " حرمت عليكم الميتة والدم- وقوله تعالى " إنما حرم عليكم الميتة والدم . وغير المسفوح يسمى دما فوجب أن يحرم كالمسفوح للعموم الوارد فى هاتين الآيتين:

وقد أجابوا عن تمسك الفريق الأول بقوله تعالى : " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما . . . . إلخ.

بأن هذه الآية مكية وآية المائدة " حرمت عليكم الميتة والدم مدنية وهى من آخر ما نزل، فقد حرم الله فى أول الإسلام الدم المسفوح ثم حرم بالمدينة الدم كله، فوجب أن يحرم جميع الدماء لأن المتأخر يكون ناسخا للمتقدم، وعلى فرض عدم

---

(١) التفسير الكبير للرازى ٢/ ٦٥١ وما يليها.
(٢) التاج والاكليل مع المواهب ١ / ٩٦.
(٣) المحلى ٧ / ٣٨٩ وما يليها.
(٤) البحر الزخار ٢ / ١٦.

النسخ فإن من حرم الدم جملة يكون محرما للمسفوح ويكون آخذا بالآيتين جميعا، ثم إن التمسك بعموم آية الأنعام وأنه لا محرم غير المذكور فيها مردود، بأنه قد ورد تحريم الخمر وغيرها فمقتضى أن لا يحرم إلا المذكور فى الآية أن تحل الخمر وغيرها مما حرم بعدها، ثم إنه ليس فى الآية دلالة على تحليل غير المذكور فيها بل على أنه سبحانه مابين لرسوله إلا تحريم هذه الأشياء وهذا لا ينافى أن يبين له بعد ذلك تحريم ما عداها.

الترجيح:-

والذى أميل إليه هو القول الثانى القائل بحرمة جميع الدماء لقوة أدلتهم، واحتياطا لجانب الحرمة لأنه إذا اجتمع دليل الحظر والإباحة فإن الحنفية يقولون يغلب جانب الحظر[1] وهنا قد اجتمع دليل الحظر لجميع الدماء ودليل إباحة غير المسفوح فكان على الحنفية أن يغلبوا جانب الحظر.

الدم اليسير يكون فى أعلى القدر:-

بعد أن اختلفت الفقهاء فى تحريم غير المسفوح نجدهم يتفقون على أن الدم يكون داخل العروق أو خلال اللحم غير ظاهر أنه معفو عنه[2] ، أما عند من يحرمون المسفوح فقط فلأنه غير مسفوح، روى عن عائشة أنها سئلت عن الدم يكون فى اللحم والمذبح قالت إنما نهى الله عن الدم المسفوح.

(١) أحكام القران للجصاص ٢ / ٤٣٢.

(٢) المصدر السابق، فتح البارى ٩ / ٥٧٧، المحلى ٧ / ٣٩٠.

وأما عند القائلين بحرمة جميع الدماء فلأن ذلك موضـــع ضرروة لأنه إذا كان في العروق لم يكن ظاهراً فلا يكون هنـاك دم يحرم ثم إن هناك مشقة فى التحرز عنه والمشقة مدفوعــة، وأما الذى يكون فى أعلى القدر فليس بدم وإنما هى صفرة والدم إما أحمر أو اسود وليس بأصفر فلا يحرم ما كان فى أعلى القدر لعدم تسميته دما. ولما روى عن عائشة قالت لقد كنا نطبخ اللحـم والمرقة تعلوها الصفرة من الدم فتأكل ولا ننكر.

المطلب الثالث
فى
الخنــــزيــر

الخنزير منه البرى ومنه البحرى وقد اتفق الفقهاء علـــى حرمة البرى واختلفوا فى البحرى وقد سبق بيـــان حكمـــة فـــى حيوان الماء[1] ولهذا فإننا سنقصر حديثنا عن البرى فقط:-

الخنزير البرى[2] :

اتفق الفقهاء على تحريم الخنزير الـــبرى[3] ســـواء مـــا توحش منه وما تأنس[4] ، ويستوى فى ذلك اللحم والشحم والعظم والغصب وجميع الأجزاء ودليل ذلك من القرآن والسنة والمعقول فمن القرآن:

١- قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير".

---

[1] يراجع صـــ٤٨ من البحث.

[2] الخنزير بكسر الخاء جمعه خنازير يشترك بين البهيمية والسبعية فالذى فيـــه مـــن السبع الناب وأكل الجيفة والذى فيه من البهيمة الظلف وأكل العشب والعلـــف، تضـــع الأنثى عشرين خنوصا وتحمل من نزوة واحدة، والذكر ينزوا إذا تمـــت لـــه ثمانيـــة أشهر، وهو أنسل الحيوان، والذكر أقوى الفحول على السفاد وأطولها مكثا فيه، ويـــأكل الحيات ولا تؤثر فيه سمومها، يشبه الإنسان فى أنه ليس له جلد يسلخ إلا أن يقطع بمـــا تحته من اللحم. حياة الحيوان للدميرى ٣/ ٥٢٨، ٥٢٩.

[3] الهداية مع فتح القدير ٩/ ٥٠٢، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣ز بداية المجتـــهد ١/ ٤٦٧، المجموع ٩/٣٠٢، المبدع ٩/ ١٩٥، المحلى ٧ / ٣٨٨ وما يليها.

[4] الخنزير البرى نوعان منه ما يعيش فى الخلاء حرا طليقا ومنه يعيش فى حظـــائر تربية بعض الناس فالأول يسمى وحشياً والثانى يسمى أهلياً أو إنسيا لأنه يأنس النـــاس والبيوت.

٢- قوله تعالى: " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به".

٣- قوله تعالى : " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير" فقد حرم الله سبحانه الميتة والدم ولحم الخنزير وليس النص على اللحم دليلا على حل غير اللحم فهو محرم العين بدليل أن الله سماه رجسا إذ الضمير يعود إلى اقرب مذكور.

فكان عين الخنزير رجسا وبعض الرجس رجس، والرجس حرام واجب اجتنابه . فالخنزير كله حرام، وإنما نص على اللحم لأنه أعظم ما يستفاد به منه، فالنص عليه لا يمنع من دخول بقية الأجزاء فى التحريم وأيضا فإن تحريم الخنزير لما كان مبهما اقتضى ذلك تحريم سائر أجزائه كالميتة.

وأما السنة فمنها:

١- روى عن النبى -ﷺ- أنه قال : إن الله ورسوله حرم وفى رواية- حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام[١] .

٢- روى عن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ والذى نفسى بيده ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم حكما مقسطاً فيكسر

---

[١] الحديث عند الترمذى من رواية جابر عن عبدالله وقال عنه حسن صحيح سنن الترمذى ٣ / ٤٨، البخارى مع الفتح ٤ /٤٩٥.

الصليب ويقتل الخنزير ويفيض المال حتى لايقبله أحد[1] فقتل عيسى عليه السلام للخنازير وأخبر أنه يحكم الإسلام ينزل وبه يحكم ولو كانت الذكاة تعمل فى شئ منه لما أباح عليه السلام قتله لأن فى ذلك إضاعة للمال وقد نهى عنه.

أما المعقول:

فقد ثبت بالتجربة وعن طريق العلم الحديث أن فى أكل الخنزير أضرارا بالغة لما يحتويه لحم الخنزير من ديدان وفيروسات لا تنموا إلا فيه وعند أكل الإنسان له تنتقل إليه هذه الفيروسات والديدان وحو يصلاتها حيث لا يؤثر فيها درجة الغليان التى تنضج اللحم وبانتقالها إلى جسم الإنسان تجد البيئة المشابهة لجسم الخنزير فتنموا وتتكاثر ويحدث الضرر.

إذا ثبت هذا فإنه ينبغى تحريم الخنزير للضرر لأنه لا ضرر ولا ضرار.

جلد الخنزير:-

بعد أن اتفق الفقهاء على حرمة أكل الخنزير بجميع أجزاء. اختلفوا فى جواز الانتفاع ببعض تلك الأجزاء كالجلد والشعر وبيان خلافهم كالتالى:

الخلاف فى الجلد:-

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:

الأول: يرى جواز الانتفاع بجلد الخنزير إذا دبغ ذهب إلى هذا ابن حزم الظاهرى[2]

---

[1] قال أبو عيسى حديث حسن صحيح. الترمذى ٤/١٠٠، فتح البارى ٦/٥٦٦، ٢/٤٨٣

[2] المحلى ١/ ١١٨ وما يليها جـ ٧ / ٣٩٠.

ويستدل لذلك بعموم قوله صلى الله عليه وسلم (أيما اهاب دبغ فقد طهر)[1] .

فهذا الحديث يدل على طهارة جميع الجلود بالدباغ- بأى شئ دبغ وإذا طهر جاز الانتفاع به ويكون كجلد ما ذكى مما يحل أكله ويكون هذا الحديث قد استثنى جلد الخنزير من التحريم والاستثناء من التحريم إباحة.

الثانى: يرى نجاسة لحم الخنزير وعدم جواز الانتفاع به وإن ذبح ودبغ ذهب إلى ذلك جمهور أهل العلم[2] .

وقد استدلوا لذلك بعموم قوله تعالى – " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير إلى قوله إلا ما ذكيتم".

والخنزير لا تعمل فيه الذكاة وهى أقوى فى التطهير من الدباغ، إذ هى تعمل فى اللحم وغيره من أجزاء الحيوان المأكولة، أما الدباغ فإنما يعمل فى الجلد خاصة.

فإذا كانت الذكاة لا تؤثر فى طهارة جلده فلا يؤثر فيه الدباغ من باب أولى وإذا كان نجسا لم يجز الانتفاع به.

والذى أميل إليه هو عدم جواز الانتفاع بجلد الخنزير لما سبق ولأنه غير قابل للدباغ إذ لا يمكن سلخه إلا مع قطع لحمه.

شعر الخنزير:-

اختلف الفقهاء فى طهارته وبالتالى اختلف فى جواز الانتفاع به على قولين:

الأول: يرى طهارته وبالتالى جواز الانتفاع به فى الخرازة ذهب إلى ذلك محمد بن الحسن من الحنفية[3] والمالكية[1] ودليلهم على

---

[1] أخرجه الترمذى ٣ / ٢٨١، من حديث ابن عباس قال والعمل عليه عند أهل العلم.

[2] يراجع للجمهور المصادر السابقة.

[3] البدائع ٥ / ١٤٢، حاشية رد المحتار ١ / ١٣٨.

ذلك قوله تعالى " ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثا ومتاعـا إلى حين[2] .

فالآية عامة لم تفرق بين شعر الميتة وغيرها والخنزير في حكم الميتة، ثم إن الشعر لا تحله الروح فلا ينجس سواء أخذ قبل الموت أو بعده فلا يلحقه حكم التحريم.

الثاني: ويرى نجاسة شعر الخنزير كبقية أجزائه وبالتالي لا يجوز الانتفاع به حيا أو ميتا ذهب إلى ذلك الحنفية في ظاهر الرواية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] والظاهرية[6] والزيدية[7] .

ودليلهم أن الله سبحانه سماه رجسا وبعض الرجس رجس فكان شعر الخنزير رجساً؛ لأنه بعضه والرجس حرام واجب اجتنابه فلا يجوز الانتفاع به لحرمته.

والذي أراه راجحا:

هو أن شعر الخنزير نجس كبقية أجزائه لا ينتفع به إلا عند الضرورة- والضرورة تقدر بقدرها، فإن لم تدع إلى استعماله ضرورة يبقى على أصل الخطر.

---

(1) المنتقى للباجي ١٣٧/٣..
(2) بعض آية ٨٠ من سورة النحل.
(3) رد المحتار ١ /١٣٧، ١٣٨، البدائع ٥ / ١٤٢.
(4) الأم ٩/١، الاقناع ٢٤/١، المهذب ١١/١.
(5) المغني ١ / ٨٢.
(6) المحلى ٧/ ٣٩٠.
(7) البحر الزخار ٢ /١٢.

المطلب الثالث

فى

الضرورة وأثرها فى حل الحرام

أجمع أهل العلم[1] على تحريم الميتة حال الاختيار، وعلى إباحة الأكل منها ومن سائر المحرمات حال الاضطرار[2] حاشا لحوم بنى آدم وما يقتل من تناوله فلا يحل من ذلك شئ أصلا لا بضروره ولا بغيرها. و أدلة هذا الحكم كثيرة نذكر منها:

أ- قوله تعالى : " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم- البقرة آية ١٧٣.

ب- قوله تعالى : " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه. الأنعام آية ١١٩.

فقد أسقط سبحانه تحريم ما فصل تحريمه عند الضرورة.

ج- قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب إلى قوله "

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١ /١٧٧ وما بعدها ، بداية المجتهد ١ / ٤٧٦، الام ٢/ ٢٥٢، الاقناع١/ ٢٧٥، الحاوى الكبير ١٥/ ١٦٣، وما بعدها ، المغنى ٨/٥٩٥، المحلى ٧/٤٢٦، البحر الزخار ٥ /١٣٢.

(٢) يرى ابن رشد فى بداية المجتهد ١/ ٤٧٦، أنه لا خلاف فى هذا وأن الخلاف فى الخمر إنما هو من قبل التداوى بها لا من قبل استعمالها فى التغذى.

فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لأثم فإن الله غفور رحيم" المائدة آية/ ٣.

فقد ذكر الله الضرورة فى هذه الآيات وأطلق الإباحة فى بعضها بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة فاقتضى ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة فى كل حالة وجدت فيها.

أما دليل إباحة المحرم من الميتة وغيرها للمضطر من السنة فما روى أن رجلا قال للنبى -ﷺ- إنا نكون بالأرض تصيبنا المخمصة فمتى تحل لنا الميتة قال [متى مالم تصطبحوا وتغتبقوا أو تجدوا بها بقلا فشأنكم بها][1]

فقد أباح لهم الميتة عند عدم وجود الصبوح وهو شرب الغداء والغبوق وهو شرب العشاء أو عدم بقل يأكلونه؛ لأنهم إن وجدوا ذلك لم يكونوا مضطرين إلى أكل المحرم.

وما روى عن جابر بن سمرة أن أهل بيت كانوا بالحرة محتاجين قال فماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم فرخص لهم رسول الله -ﷺ- فى أكلها[2].

من هذه الأدلة يستفاد إباحة الميتة وغيرها من المحرمات عندما لا يجد الإنسان من الطعام الحلال ما يمسك الرمق، أما إن

---

(1) أخرجه أحمد بإسناد منقطع يراجع، السنن الكبرى للبيهقى ٩/ ٣٥٦، شرح السنة للبغوى ٦/ ١١١، المسند لاحمد ٥/ ٢١٨والمستدرك ٤ / ١٢٥وقال الحافظ فى التلخيص فيه انقطاع.

(2) منتقى الأخبار بشرح نيل الأطار ٨/ ١٥٠.

وجد ما يمسك الرمق ويقيم النفس[١] فليس له الأكل من الميتة ولا من غيرها ؛لأنه غير مضطر إلى ذلك.

وهذا الذى ذكرنا من إباحة الميتة للمضطر قدر متفق عليه بين الفقهاء لكن ما هى الضرورة التى تباح عندها الميتة وما هو القدر الذى يباح للمضطر أكله منها، وهل تباح الميتة للعاصى بسفره أم لا؟

وهل الأكل عند الضرورة واجب أم لا، وهل هذا الحكم خاص بالسفر أم لا، هذا ما سنبحثه من خلال هذه المطالب.

---

[١]وسواء كان هذا الطعام مملوكا له أو لغيره من مسلم أو ذمى لأنه حينئذ يكون واجدا مالا قد أمر الله بإطعامه منه فحقه فيه لحديث(أطعموا الجائع) فلا يكون مضطرا إلى الميتة وسائر المحرمات، هذا إذا لم يخشى بالقطع بأكله من مال الغير فإن خشى القطع فإن أكل الميتة خير له وله فيه سعة وقيل لا ما لم يؤذن له فيه. الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١/ ٧١٢، ٧١٣، المحلى ٧/ ٤٢٦، الام ٢/ ٢٥٢.

المطلب الأول
فى
الحالة التى يصح فيها الوصف بالاضطرار

اختلف الفقهاء فى الحالة التى إذا بلغها الإنسان صح وصفه بأنه مضطر[1] فيباح له الأكل من الميتة ومن جميع المحرمات وحاصل خلافهم كالاتى:-

القول الأول: ذهب ابن حزم الظاهرى[2] إلى أن حد الضرورة أن يبقى يوما وليلة بغير طعام أو شراب وهو غير واجد لذلك. وخشى الضعف الموذى الذى إن تمادى أدى الى الموت أو القطع بصاحبه عن طريقه أوعمله، حل له الأكل والشرب من الميتة ومن غيرها من كل ماكان محرما عليه قبل ذلك واستدل على تحديد الضرورة باليوم والليلة بما روى عن النبى -ﷺ- أنه نهى عن الوصال يوما وليلة[3]

---

[1] الاضطرار نوعان- الأول وهو الغالب- الذى عليه الجمهور فى تفسيرهم للاضطرار فى الأيات هوالذى يكون من جوع فى مخمصة- الثانى ما يكون بإكراه من ظالم كما قال مجاهد- كالرجل يأخذه العدو فيكرهونه على لحم الخنزير وغيره- فألاكراه يبيح ذلك إلى أن يزول الاكراه دون التقيد بحد معين كما فى حالة المخمصة. الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٧١٢/١، احكام القرآن للجصاص ١٨١/١، التفسير الكبير ٢/ ٦٤١.

[2] المحلى لابن حزم ٧/ ٤٢٦.

[3] روى ان الذين قال لهم لا تواصلوا قالوا إنك تواصل قال إنى لست كأحدكم فلما أبوا أن ينتهوا واصل بهم يوما ثم يوما، ثم رأو الهلاك فقال لو تأخر لزدتكم صحيح البخارى ١/ ٣٢٥، سنن الترمذى ٢/ ٢٠٢.

القول الثانى: ويذهب إليه ابن ابى حمزة وبعض المالكية أن حد ذلك هو أن يبقى ثلاثة أيام ولياليها بغير طعام أو شراب.

يقول أبن أبى حمزة والحكمة فى هذا أن فى الميتة سمية شديدة فلو أكلها ابتداء لأهلكته فشرع له أن يجوع ليصير فى بدنه بالجوع سمية هى أشد من سمية الميتة فإذا أكل منها حينئذ لا يتضرر.

القول الثالث: وذهب إليه الجمهور من أهل العلم[1] .

أن الذى يبيح ذلك هو المخمصة وهى الحالة التى يصل به الجوع فيها إلى حد الهلاك أو إلى حدوث مرض يفضى إلى الهلاك علما أوظنا- إن ترك الأكل، أو يخشى منها العجز عن المشى أو انقطاع الرفقة أو العجز عن الركوب أو تأخر شفاء ونحو ذلك، ولا يتقيد ذلك بزمن محدد بل متى خاف الإنسان على نفسه شيئا من ذلك كان مضطرا ويباح له الأكل حينئذ.

ويمكن أن يستدل للجمهور بما يلى:

أ- روى عن الفجيع العامرى أنه أتى رسول الله -ﷺ- **فقال متى تحل لنا الميتة قال ما طعامكم قال نغتبق ونصطبح قال** أبو نعيم ففسره لى عقبة قدح غدوة وقدح عشية قال ذاك وأبى الجوع فأحل لهم الميتة على هذه الحال[2]، والقدح من اللبن بالغداة والعشى يمسك الرمق ويقيم النفس وإن كان لا

---

[1] أحكام القرآن للجصاص ١/١٨١، شرح الزرقانى على الموطأ ٣/٩٥، الام ٢/٢٥٢، الإقناع ٢/ ٢٧٥، المغنى ٨/ ٥٩٥، البحر الزخار ٥/ ٣٣٢، فتح البارى ٩/ ٥٩١.

[2] نيل الأوطار ٨/ ١٥١.

يغذى ولا يشبع الشبع التام وقد أباح لهم مع ذلك تناول الميتة ولم يشترط عليهم أن يمكثوا ثلاثة أيام بلياليها أو يوم وليلة بغير طعام أو شراب كماذكر أصحاب القولين الأول والثانى.

ب- روى عن جابر بن سمرة أن رجلا نزل الحرة ومعه أهله وولده فقال رجل إن ناقة لى ضلت فإن وجدتها فأمسكها فوجدها ولم يوجد صاحبها فمرضت فقالت امرأته انحرها فأبى فنفقت فقالت اسلخها حتى نقدد لحمها وشحمها ونأكله فقال حتى أسأل رسول الله -ﷺ- فأتاه فسأله فقال هل عندك غنى يغنيك قال لا قال فكلوها[1] ، ففى هذا الحديث دليل على أن للمضطر أن يأكل من الميتة وإن لم يخف التلف فضلا عن أن يمكث ثلاثة أيام ولياليها بغير طعام أو شراب ؛لأنه سأله عن الغنى ولم يسأله عن خوفه على نفسه[2] .

والذى أميل إليه هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الضرورة لا تقدر بزمن وإنما هى المخمصة التى يخشى منها هلاك أو تلف النفس- إذ الناس متفاوتون فى الصبر على الجوع أو العطش فمنهم من يصبر على ذلك أياما، ومنهم من لا يصبر على ذلك ساعات فلمن خشى على نفسه الضرر الأكل من الميتة وغيرها من سائر المحرمات.

---

[1] سبق تخريجه.

[2] الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١/ ٧١٦، ٧١٨.

المطلب الثانى
فى
القدر الذى يباح للمضطر أكله

المخمصة المبيحة للأكل من الميتة وغيرها من المحرمات إما أن تكون دائمة أو غير دائمة.

فإن كانت دائمة فلا خلاف فى جواز الشبع من الميتة[1] وغيرها لأنه والحالة هذه قد يئس من الحصول على طعام حلال فى وقت قريب فكانت الضرورة مستمرة ولو اقتصر على سد الرمق عادت الضرورة إليه عن قرب ولا يتمكن من البعد عن الميتة مخافة الضرورة المستقبلة ويفضى ذلك إلى ضعف بدنه وربما أدى ذلك إلى تلفه.

أما إن كانت المخمصة غير مستمرة ، بأن حدثت مجاعة فى وقت من الأوقات أو كان الشخص مسافرا ونفذ منه الزاد حتى قارب على الهلاك فقد اتفق الفقهاء على أن له أكل مايسد الرمق ويمسك النفس عن التلف واختلفوا فى الزيادة على ذلك وحاصل خلافهم كالآتى:-

١- ذهب المالكية فى المعتمد[2] والشافعية فى قول [3] وأحمد فى رواية [4] وهو قول الظاهرية[1] أن للمضطر أن يأكل

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١/ ٧١٢، المغنى ٨/ ٥٩٥، شرح الزرقانى على الموطأ ٣ / ٩٥.

(٢) بداية المجتهد ١/ ٤٧٦، المنتقى للباجى ٣/ ١٣٨.

(٣) المهذب ١/ ٢٥٠، الام ٢/ ٢٥٢، الحاوى للباوردى ١٥/ ١٦٨، ١٦٩.

(٤) وهى اختيار أبى بكر عبدالعزيز ، المغنى ٨/ ٥٩٥.

حتى يشبع ويتزود من المحرم إن خشى الضرر فيما بين يديه من مفازة وقفر فإذا وجد عنها غنى عاد ما كان حلالا من ذلك حراما لزوال الضرورة.

أدلتهم:-

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن ومن السنة والمعقول.

أما دليلهم من القرآن فهو عموم قوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عادٍ فلا إثم عليه) فقد عم الإباحة برفع الإثم دون أن يقيد ذلك بمقدار معين فكان التقييد بسد الرمق زيادة على القرآن وهو لا يجوز.

أما أدلتهم من السنة فمنها:

١- حديث جابر بن سمرة أن رجلا نزل الحرة فنفقت عنده ناقة فقالت له أمرأته اسلخها حتى نقدد لحمها ونأكله فقال حتى أسأل رسول الله صلىالله عليه وسلم فسأله فقال هل عندك غنى يغنيك؟ قال لا قال فكلوها [٢] ، فقد دل الحديث على جواز الأكل من الميتة مطلقا من غير أن يفرق بين ما يسد الرمق أو الوصول إلى حال الشبع ثم إن النبى -ﷺ- سأله عن الغنى ولم يسأله عن خوفه على نفسه.

٢- حديث الفجيع العامرى الذى أتى رسول الله صلىالله عليه وسلم فقال ما تحل لنا الميتة قال ما طعامكم قلنا نعتبق ونصطبح قال ذاك وأبى الجوع قال فأحل لهم الميتة على هذه

---

[١] المحلى ٧/ ٤٢٦.

[٢] سبق تخريجه.

الحال[١] ، فالقدح من اللبن فى الغداة والقدح فـــى العشـــى يمسك الرمق ويقيم النفس وإن كان لا يغذو البدن ولا يشـــبع الشبع التام وقد أباح لهم مع ذلك أكل الميتة فكان دلالتـــة أن نتناول من الميتة إلى إن تأخذ النفس حاجتها من القوت وهــذا هو المطلوب.

٣- حديث العنبر وفيه فقال أبو عبيدة ميتة ثم قال لابل نحـــن رسل رسول الله عليه وسلم وفى سبيل الله وقد اضطررتـــم فكلوا قال فأقمنا عليه شهرا حتى سمنا[٢] ، فقد أكلوا وشـبعوا مع اعتقادهم أنه ميتة[٣] ثم تزودوا منه إلى المدينة وذكـــروا ذلك النبى ﷺ فأخبرهم أنه حلال، ولو كان الشبع غير جـــائز لبينه لهم فكان هذا الحديث نصا فى محل الخلاف.

أما أدلتهم على جواز الشبع من المعقول فمنها:

- أن ما جاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح.
- أن الضروروة ترفع التحريـــم فيعـــود مباحـــا، ومقـــدار الضرورة إنما هو فى حالة عدم القوت إلى حالة وجوده.
- أنه مضطر إلى الشبع لحفظ قوته لأن إمســـاك الرمـــق لا لبث له وتتعقبه الضرورة بعده إلى إمساكه بغيره وقد لا يجـد الميتة بعدها فكان الشبع أمسك لرمقه وأحفظ لحياته.

---

[١] سبق تخريجه .

[٣] هذا وإن كان من حيوان البحر- وميتة البحر حلال إلا أنه حجة علىالحنفية حيـــث لا يجيزون من ميتة البحر إلا السمك ثم إنهم عللوا أكل الصحابـــة مـــن هـــذه الدابـــة بالاضطرار، وقد ثبت أن الصحابة أكلوا وشبعوا وتزودا منه ولم يكتفوا بما يسد الرمق كما يقول الحنفية ومن وافقهم.

القول الثانى: وذهب إليه الحنفية[1] وبعض أصحاب مالك[2] والشافعية فى الأظهر[3] وأظهر الروايتين عن أحمد[4] وهو قول الهادوية[5] والزيدية[6] .

أن للمضطر أن يأكل بقدر مايمسك الرمق وليس له الزيادة على ذلك.

أدلتهم :-

أستدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والمعقول.

أما القرآن فقوله تعالى (وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) فقد أباحت الآية كل ما فصل تحريمه عند الضرورة ، والضرورة تزول بإمساك الرمق وإذا زالت الضرورة رجع التحريم فكان ما زاد على إمساك الرمق محرما لخروجه عن محل الضرورة.

كما استدلوا بقوله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) فتقدير الآية فمن اضطر فأكل غير باغ اللذة والشهوة ولا متعد مقدار الحاجة، فقد علق إلا باحة بوجود الضرورة، والضرورة هى خوف الضرر بترك الأكل أما على انفس أو

---

[1] أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٨٢وما بعدها.

[2] ذهب إلى ذلك ابن الماجشون وابن حبيب شرح الزرقانى مع الموطأ ٣ / ٤٩٥.

[3] وهو اختيار المزنى- الحاوى الكبير ١٥/ ١٦٨، ١٦٩.

[4] المغنى ٨/ ١٥١.

[5] نيل الأوطار ٨/ ١٥١.

[6] البحر الزخار ٥ / ٣٢٢.

على عضو من الأعضاء فمتى أكل بمقدار ما يزيل عنه الخوف من الضرر فى الحال فقد زالت الضرورة.

وأما أدلتهم من المعقول فمن وجوه:

الأول: أنه لو كان متماسك الرمق قبل أكلها حرمت عليه كذلك إذا صار بها متماسك الرمق وجب أن تحرم عليه لأنه غير مضطر إليها فى الحالين.

الثانى: أن ارتفاع الضرورة موجب لارتفاع حكمها كما أن حدوث الضرورة موجب لحدوث حكمها، ولو جاز أن ترتفع الضرورة ولا يرتفع حكمها لجاز أن تحدث الضرورة ولا يحدث حكمها.

الثالث: أن سبب الرخصة هو الإلجاء فمتى ارتفع الإلجاء ارتفعت الرخصة، كما لو وجد الحلال لم يجز له تناول الميتة لارتفاع الإلجاء إلى أكلها لوجود الحلال، فكذلك إذا زال الاضطرار بأكل قدراً منه فالزائد محرم.

الترجيح:-

يعد أن ذكرنا الآراء والأدلة نلاحظ أن محل الخلاف إنما هو فى البلوغ إلى حد الشبع فى المخمصة العامة النادرة، أما فى المخمصة الدائمة فلا خلاف أن له أن يشبع ويتزود منها إلى أن يجد ما يغنيه من الطعام الحلال كذلك لا خلاف فى تحريم ما زاد عن حد الشبع، لأن سب الأكل من المحرم فى المخمصة هو خوف التلف وفى الأكل من المحرم فوق حد الشبع ضرر على النفس، بما يفوق الضرر الحادث من الجوع كما أنه لا خلاف فى جواز الأكل بمقدار ما يسد الرمق ويمسك النفس.

والذى أميل إليه هو تقييد ذلك برجاء الحصول على طعام حلال أو اليأس منه فإن كان المضطر يرجو الحصول على طعام حلال وفى وقت قريب لم يكن له الزيادة على ما يسد الرمق سواء كان ذلك فى السفر أو فى الحضر؛لأن الضرورة تقدر بقدرها.

وإن كان لا يرجو الحصول على طعام حلال في وقت قريب كان له أن يأكل إلى أن يشبع ويتزود من الميتة لأنه إذا اقتصر على سد الرمق عادت إليه الضرورة عن قرب وربما يفضى به ذلك إلى ضعف البدن أو التلف وما أبيح له الأكل من الميتة إلا لحفظ النفس وصيانتها من التلف وما حل أكله ابتداء لضرورة حل الشبع منه عند وجود الضرورة إذ لا فرق

والله أعلم،،،،،

المطلب الثالث
فى
أثر الضرورة فى إباحة الميتة للعاصى

مما سبق تبين لنا أن الميتة وسائر المحرمات فى حال الاختيار تحل للإنسان عند الأضطرار إليها وهذا مما لا خلاف فيه إذا كان المضطر غير عاص، فإن كان عاصيا بأن كان باغيا على إمام عادل أو كان قاطع طريق أو كان عبدا آبقا إلى غير ذلك فقد اختلف الفقهاء فى إباحة الميتة وغيرها من المحرمات له على النحو التالى:

القول الأول:-

وذهب إليه المالكية فى المشهور[1] والشافعية [2] والحنابلة[3] والظاهرية[4] أنه لا يحل للعاصى أن يأكل من الميتة وغيرها من المحرمات ولو كان مضطرا وسبيله إلى الأكل منها هو التوبة.

أدلتهم:-

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والمعقول.

---

(1) المنتقى للباجى ٣/١٤٠، ١٤١ ، بداية المجتهد ١/ ٤٦٧.
(2) الأم ٢/ ٢٥٢، الحاوى الكبير ١٥/ ١٦٨، الأشباه والنظائر للسيوطى ١٣٨.
(3) المغنى ٨ / ٥٩٧.
(4) المحلى ٧/ ٤٢٧، ٤٢٨.

أما القرآن فقوله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم".

حيث حرم الله الميتة وما ذكر بعدها على الجميع ثم أباحهما للمضطر الذى يكون موصوفا بأنه غير باغ ولا عاد والعاصى غير موصوف بهذه الصفة؛ لأنه يصدق عليه أنه متعد بفعله للمعصية، ولا يصدق عليه أنه غير باغ إلا إذا انتفى عنه صفة التعدى من جميع الوجوه، ومنها تعديه بفعل المعصية، وإذا ثبت أن العاصى متعد بفعله للمعصية وجب بقاؤه تحت قوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة إلخ" .

ومما يؤيد هذا الاستدلال ويقويه أن من العلماء من فسر الآية بالبغى والعدوان على المسلمين.

روى عن مجاهد وابن جبير[1] وغيرهما أنهما قالا غير باغ على المسلمين ولا عاد عليهم، وأصل البغى فى اللغة قصد الفساد، فإذا لم يخرج باغيا على إمام المسلمين ولم يكن سفره فى معصية فله أن يأكل الميتة إذا اضطر إليها وإن كان سفره فى معصية أو كان باغيا على الإمام لم يجز له أن يأكل وبه قال الشافعى.

أما أدلتهم من المعقول فمنها

أ- إن إباحة أكل الميتة رخصة والعاصى لا يترخص فى معصية فإن تاب حل له الأكل وإن لم يتب حرم عليه إلى أن يتوب.

---

[1] الجامع لأحكام القرآن ١/ ٧١٨، المحلى ٧/ ٤٢٨، أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٧٨، شرح الزرقانى على الموطأ ٣ / ٩٥، المغنى ٨/ ٥٩٧.

ب- أن إباحة المحرمات للمضطر إنما كان على سبيل التخفيف والعون على الأسفار المباحة لحاجة الإنسان إليها، فلا يباح له أن يستعين على المعاصى؛ لأن الرخصة إعانة ومن المحال أن يعان المرء على المعصية وله سبيل إلى الا يقتل نفسه وهو أن يتوب ثم يأكل من الميتة بعد توبيته.

القول الثانى:-

وذهب إليه الحنفية[١] وبه قال بعض المالكية[٢] وهو قول الزيدية[٣] أنه لا فرق بين العاصي وغيره فى الضرورة ، فمن اضطر إلى الميتة وغيرها من المحرمات كان له الأكل ولو كان عاصيا.

أدلتهم:-

أستدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة والمعقول.

فمن القرآن:

- قوله تعالى : " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه. والعاصى مضطر فوجب أن يترخص لأن الآية أوجبت الإباحة للجميع من المطيعين والعاصين.
- قوله تعالى : (ولا تقتلوا انفسكم) [٤] ومن امتنع من المباح حتى مات كان قاتلا لنفسه متلفا لها عند جميع أهل العلم ولا

---

[١] أحكام القران للجصاص ١/ ١٧٨، ١٧٩.

[٢] المنتقى للباجى ٣/ ١٤٠، ١٤١، تفسير القرطبى ١/ ٧١٨ وما يليها.

[٣] البحر الزخار ٥/ ٣٣٢، ٣٣٣.

[٤] النساء بعض أية ٢٩.

يختلف فى ذلك عندهم حكم العاصى والمطيع بل يكون امتناعه عن ذلك الأكل زيادة على عصيانه فوجب أن يكون حكمه وحكم المطيع سواء فى استباحه الأكل عند الضرورة.

- أن المراد بقوله تعالى " غير باغ ولا عاد " أى غير باغ فى الميتة ولا عاد فى الأكل، هكذا فسَره قتادة والحسن والربيع وابن زيد وعكرمة من أئمة التأويل[1] .

وأما السنة فقد استدلوا بما روى أن النبى -ﷺ- رخص للمقيم أن يمسح على الخف يوما وليلة وللمسافر ثلاثة أيام بلياليها[2] ولم يفرق فيه بين العاصى وغيره كذا هذا.

وأما المعقول فقد استدلوا به من وجهين:

الأول: أن العاصى مرتكب لمعصية واحدة إلا أنه غير مباح له الجناية على نفسه بترك الأكل وإن لم يتبت لأن ترك التوبة لا يبيح له قتل نفسه، والعاصى متى ترك الأكل فى حال الضرورة حتى مات كان مرتكبا لمعصيتين الأولى وهى خروجه فى معصية والثانية جنايته على نفسه بترك الأكل ومن غير المعقول أن يقال لإنسان ارتكبت معصية فارتكب أخرى.

الثانى: أن المطيع والعاصى لا يختلفان فيما يحل لهما من المأكولات أو يحرم، ولما كانت الميتة مباحة للمطيعين عند الضرورة وجب أن يكون كذلك حكم العصاة فيها.

---

(1) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١/ ٧١٨.

(2) أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح ١/ ١٥٢، البيهقى ١/ ٢٧٧، الطبرانى فى الكبير رقم ٣٧٥٥.

الترجيح:-

بعد أن ذكرنا آراء العلماء وأدلتهم فإنني أميل إلى ترجيح القول الأول القائل بأن العاصي لا يترخص بالأكل من الميتة عند المخمصة لما استدلوا به ولما يأتي:

- أن ما استدل به أصحاب القول الثاني من عموم قوله تعالى " ألا ما اضطررتم إليه يمكن أن يجاب عنه بأنه عام وقوله تعالى " غير باغ ولا عاد خاص والخاص يقدم على العام وهو لا يبيح الميتة وغيرها من المحرمات عند الضرورة إلا لمن كان غير باغ ولا عاد على المسلمين.

فإن قالوا لفظ (غير باغ ولا عاد) يحتمل لأن يراد به البغي والعدوان فى الأكل أو البغى على الإمام أو غيره، وعلى هذا فلا يجوز تخصيص الآية الأولى به مع هذا الاحتمال بل الواجب حمله على ما يواطئ معنى العموم من غير تخصيص.

أجيب : بأن حمل الآية على البغى على المسلمين أولى من حمله على البغى فى الأكل. والذى يؤيد ذلك:

أ- قوله تعالى (فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم) لأنه يقتضى أن من يترخص ينبغى أن لا يكون موصوفا بالبغى والعدوان فى أمر من الأمور.

ب- أن كونه غير باغ ولا عاد يفيد نفى ماهية البغى ونفى ماهية العدوان وهذه الماهية إنما تنتفى عند انتقاء جميع أفرادها والعدوان فى الأكل أحد أفراد هذه الماهية وكذا العدوان بفعل المعصية فرد آخر فإذن نفى العدوان يقتضى نفى العدوان من جميع هذه الجهات فكان تخصيصه بالأكل

غير جائزٌ وإذا ثبت هذا تبين أن العاصى ليس له الترخص بأكل الميتة لأنه داخل فى عموم اللفظ.

ج- أن الإنسان ينفر بطبعه عن تناول الميتة وغيرها من المحرمات، وما كان كذلك فليس فى حاجة إلى النهى عنه فكان صرف هذا الشرط إلى التعدى فى الأكل مخرج للكلام عن الفائدة، أما إذا صرف إلى جميع أنواع البغى والعدوان التى منها العاصى بسفره كان الكلام مفيدا.

وإذا ثبت ذلك لم يكن للعاصى أن يترخص بالأكل من الميتة وهو المدعى.

- أما استدلالهم بقوله تعالى " ولا تقتلوا أنفسكم فغير مسلم لأنه يتمكن من إحياء نفسه بالأكل من الميتة عندما يتوب عن المعصية قال ابن حزم[1] بعد أن ساق استدلالهم بالآية وهذا من أقبح ما يكون من الإيهام وما أمرناه بقتل نفسه بل بما افترض الله عليه من التوبة فلينوها بقلبه.

وليمسك عن البغى والأمتناع من الحق بيديه ثم يأكل ما أطر إليه خلالاً له، أما إن لا يأمروه بالتوبة من البغى ويبيحوا له التقوى على الإفساد فى الأرض يأكل الميتة فهذا مالا يعقل.

- أما استدلالهم بالحديث حيث أباح للمسافر أن يمسح على الخف ثلاثة أيام ولياليها من غير أن يفرق بين المطيع والعاصى. فيمكن أن يجاب عنه بأنه عام والآية(فمن أضطر

(١) المحلى ٧/ ٤٢٨.

غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) خاص والخاص يقدم على العام كما سبق.

- أن الرخصة إعانه على السفر، فإذا كان السفر معصية كانت الرخصة إعانة على المعصية وذلك محال لان المعصية ممنوع منها والإعانه سعى فى تحصيلها والجمع بينهما تناقض.

وعلى هذا فالعاصى ليس له أن يترخص عند الضرورة وليس فى ذلك قتل له أوامر له بارتكاب معصية أخرى وإنما ذلك أمر له بالمبادرة إلى التوبة وترك المعصية، ولا يشك عاقل أن ذلك أولى من إعانتة على المعصية فإن لم يتب واستمر على المعصية فهو الذى قتل نفسه بإصراره على عدم التوبة.

والله أعلم،،،

المطلب الرابع
فى
أكل المضطر من المحرم رخصة أم واجب

مما سبق تبيين لنا أن الفقهاء مجمعون علـــى مشـــروعية أكل الميتة وغيرها من المحرمات عند الضرورة رغم خلافـــهم فى المقدار الذى يحل تناوله لكن هذه المشروعية هل تأخذ صفـة الوجوب فيكون واجبا على المضطر أن يأكل وإلا كان عاصيـــا بترك الأكل أم أن ذلك مباح له؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:

الأول: وذهب إليه الحنفية[1] والشافعية فى وجه[2] والحنابلة فـــى رواية [3] والزيدية [4] فى وجه أن أكل ما يمسك الرمق[5] مـــن المحرم عند الضرورة واجب فمن ترك الأكل أو الشرب حتـــى مات كان آثما قاتلا لنفسه وقد نهى الله سبحانه عن قتل الإنســـان نفسه فقال " ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما- ومن يمتنع عن الأكل حتى يموت يكون قاتلا لنفسه، كمانهى الله سبحانه عن إلقاء النفس فى التهلكة فقال (ولا تلقوا بـــأيديكم إلـــى التهلكـــة) وترك الأكل مع إمكانه فى هذا الحال إلقاء باليد إلى التهلكة، ثـــم إن الإنسان مأمور بدفع الضرر عن نفسه، ومن ترك الأكل فقـــد

---

(1) أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٧٩.
(2) المهذب ١/ ٢٥٠، الحاوى الكبير ١٥/ ١٦٩.
(3) المغنى ٨/ ٥٩٦.
(4) البحر الزخار ٥/ ٣٣٢.
(5) أما أكل مازاد على ذلك إلى حد الشبع عند من يقول به فهو مباح وليـــس بواجـــب لأن الوجوب مختص بما أحيا النفس وهو إمساك الرمق أما الزيادة عليه فـــهو لحفـــظ القوة وذلك ليس بواجب.

سعى فى هلاك نفسه، فكما يجب عليه دفع الهلاك بأكل الحلال يجب عليه دفع ذلك بأكل الحرام عند الاضطرار، ثم إنه قادر على إحياء نفسه بما أحله الله له فلزمه كما لو كان معه طعام حلالا، وقد روى عن مسروق أنه قال من اضطر إلى أكل الميتة فلم يأكل حتى مات دخل النار إلا أن يعفو الله عنه.

القول الثانى:-

وذهب إليه المالكية(1) وهو الوجه الثانى عند الشافعية(2) وأحد وجهين عند الحنابلة (3) والوجه الثانى عند الزيدية(4) أن الأكل من المحرمات فى حال الضرورة مباح وليس واجبا، فجائز للمضطر أن يأكل وجائز له أن لا يأكل إيثارا للورع ولا إثم عليه.

وقد استدلوا لذلك بما يلى:

أ- روى أن عبدالله بن حذافة السهمى لما أسره الروم حبسوه فى بيت وجعلوا معه خمرا ممزوجا بماء ولحم الخنزير ثلاثة أيام فلم يأكل حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته فأخرجوه فقال لهم قد كان الله أحله لى لأنى مضطر ولكن لم أكن لاشمتكم بدين الإسلام. فهذا صحابى يعلم أنه مضطر لأكل الخنزير وشرب الخمر، ولكنه امتنع من فعل ذلك حتى كاد أن يموت ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك، ولو كان الأكل واجبا لوجد منهم من ينكر عليه فعله فلما لم ينكر عليه أحد كان هذا إجماعا منهم على أن الأكل والشرب للمضطر إنما هو رخصة وليس واجبا.

---

(1) المنتقى للباجى ٣/ ١٣٨.

(2) شرح المحلى مع قليوبى ٤ / ٢٦٢.

(3) المغنى ٨/ ٥٩٦.

(4) البحر الزخار ٥ / ٣٣٢.

ب- روى أن مسيلمة أخذ رجلين فقال لأحدهما ما يقول في محمد قال رسول الله ﷺ قال فما تقول في ؟ قال أنت أيضا فخلاه، وقال للآخر ما تقول في محمد قال رسول الله -ﷺ- قال فما تقول فيّ قال أنا أصم فأعاد عليه ثلاثا فأعاد جوابه فقتله فبلغ رسول الله -ﷺ- فقال أما الأول فقد أخذ برخصة الله وأما الثاني فقد صدح بالحق فهنيئا له، فقد دل على أن المضطر مخير بين الأخذ بالرخصة أو تركها حيث إن النبي -ﷺ- لم يخطئ واحداً منهما فلو كان الأخذ بالرخصة واجبا لعاب النبي -ﷺ- فعل الثاني منهما وهو الذي لم يأخذ بالرخصة.

ج- أن المضطر قد يكون له غرض في اجتناب النجاسة والأخذ بالعزيمة وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة فكان إيجاب الأكل تكليفا له بما لا يطاق.

الترجيح:-

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإني أميل إلى ترجيح القول الثاني القائل بجواز الأكل وعدم وجوبه لما استدلوا به، ولأن للممتنع غرض من امتناعه عن الحرام، وهذا الغرض قد يكون اجتناب النجاسة وقد يكون التقذذ من أكل الحرام وعدم قبول طبعه له، ثم إن المحرمات إنما أبيحت للضرورة تيسيرا على الناس فإذا قلنا بالوجوب لم يكن ذلك تيسيرا على من عافت نفسه تلك المحرمات إذ يكون في إيجابه إلزاما بما لا يستطيعه ولا تقبله نفسه، والتكليف بما فوق الوسع غير جائز إذ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

والله أعلم،،،

المطلب الخامس
فى
إباحة المحرم للضرورة حضرا وسفرا

المخمصة وهي سبب الضرورة كما تكون فى السفر قد تكون فى الحضر لكن لما كان الغالب حدوث الضرورة فى السفر لم يختلف الفقهاء فى إباحة المحرمات للمضطر فى السفر ولما كان حدوثها فى الحضر من الأمور النادرة اختلف الفقهاء فى إباحة المحرم للمضطر فى الحضر.

وحاصل خلافهم كالاتى:

المالكية [1] وأحمد فى رواية[2] يرون أن الميتة وغيرها من المحرمات لا تحل للمضطر فى الحضر لأن الغالب أن الحضر يوجد فيه الطعام الحلال ويمكنه دفع الضرورة بالسؤال، وإذا اندفعت الضرورة بطريق حلال لم تبح المحرمات لزوال السبب المبيح.

أما جمهور الفقهاء[3] فيقولون بحل الميتة وغيرها من المحرمات للمضطر حضرا وسفرا ودليل ذلك هو عموم الآيات المبيحة للمحرمات عند الاضطرار مثل قوله تعالى (فمن

---

(1) المنتقى ٣ / ١٤٠.
(2) المغنى ١/ ٥٩٦، ٥٩٧.
(3) الحاوى الكبير ١٥ / ١٦٨، الاقناع ٢/ ٢٧٥، المحلى ٧/ ٤٢٦.

اضطر غير باغ ولا عاد] وقوله [وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه] وغيرها من الآيات.

حيث لم تفرق الآيات بين مضطر وآخر بل جاءت مطلقة غير مقيدة بإحدى الحالتين كما أن قوله فمن اضطر لفظ عام في حق كل مضطر، ثم إن الاضطرار كما يكون في السفر يكون في الحضر- كما في سنوات المجاعة، وسبب الإباحة هو الحاجة إلى حفظ النفس عن الهلاك وهذا المعنى عام في الحالتين.

الترجيح:

مما سبق يظهر لنا أن الراجح هو القول الثاني وهو إباحة المحرمات لكل مضطر كان ذلك في سفر أو في حضر لقوة ما استدلوا به، ولأن سبب الإباحة هو الضرورة وليس السفر أو الحضر فأينما وجدت حلت المحرمات وكون الحضر مظنة وجود الطعام لا يغير من الحكم شيئا لأن الضرورة أمر معتبر بوجود حقيقته لا يكتفى فيه بالمظنة بل متى وجدت الضرورة أباحت ومتى ارتفعت حرم الأكل دون نظر لحال المضطر أو في سفر أم في حضر.



بعد أن يسر الله لنا الأمر، وتم هذا العمل بفضل الله وتوفيقه فإنني أختم بهذه السطور القليلة أوضح فيها بعض الحقائق والنتائج التي وضحت من خلال هذا العمل والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أ- إن كل ما في الأرض مسخر لخدمة الإنسان ومنفعته. يوضح ذلك قوله تعالى " هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا" ثم أنه سخر لنا هذه المخلوقات وأباح لنا الانتفاع بها وامتن علينا بذلك يقول تعالى (أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاما فهم لها مالكون وذللناها لهم فمنها ركوبهم ومنها يأكلون ولهم فيها منافع ومشارب أفلا يشكرون) وقوله (وسخر لكم ما فى السماوات وما فى الأرض جميعا منه إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون).

ب- إن الأصل فيما لم يرد فيه نص الإباحة إذا كان نافعا والحرمة إذا كان ضارا.

أما أدلة إباحة المنافع فكثيرة منها - " خلق لكم ما فى الأرض" - حيث إن اللام تقتضى الاختصاص بجهة الانتفاع فيكون الانتفاع بجميع المخلوقات مأذونا فيه شرعا. ومنها قوله تعالى: (قل من حرم زينة الله أخرج لعباده والطيبات من

الرزق) فهذا الاستفهام ليس على حقيقته بل هو للإنكار فيكون البارى سبحانه قد أنكر تحريم الزينة التى يختص بنا الانتفاع بها، وإنكار التحريم يقتضى انتفاءه، وإذا لم تثبت الحرمة ثبت الحل.

أما أدلة تحريم المضار فمنها حديث لا ضرر ولا ضرار. فالضرر عام لأنه فى سياق النفى، وهو مراد به النهى، وبهذا يكون الحديث مفيدا للنهى عن كل ما فيه ضرر بالنفس إو أضرار بالغير فيكون كل منهما محرما.

ج- إن الله سبحانه لم يحل لنا إلا الطيب ولم يحرم علينا إلا الخبيث ويؤيد هذا القول تعالى (الذين يتبعون الرسول النبى الأمى الذى يجدونه مكتوبا عندهم فى التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث).

وقوله تعالى : (كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا) وقوله (كلوا من الطيبات) إلى غير ذلك من الآيات الدالة على حل الطيب المستطاب وتحريم الخبيث النجس.

وبالاستقراء وتتبع المحرمات نجد أن الله ما حرم شيئا إلا لكونه خبيثا نجسا ضاراً بأكله ومن الأمثلة على ذلك.

- الخمر حرمها الله لما فيها من مضار ولأنها خبيثة يقول سبحانه (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس) إلخ والرجس هو الخبيث – وقوله وإثمهما أكبر من نفعهما.
- الخنزير والدم المسفوح والميتة إنما حرمها الله لما فيها من الخبث يقول سبحانه (قل لا أحد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به).
- إن نسبة ما حرمه الله من الحيوان قليلة إذا ما قورنت بما أحله وأباح لنا الانتفاع به.
- الذكاة شرط فى حل أكل المأكول من خيوان البر فقط.

مما لا شك فيه أن ما يؤكل من حيوان البر لا يحل إلا بالذكاة الشرعية– إما بالذبح أو بالنحر– ولعل السبب فى هذا هو تطييب اللحم وتطهيره من الدم وفى ذلك فوائد كثيرة تعود على الإنسان منها:

١– أن الدم خبيث واللحم لا يطيب إلا بإخراجه عنه.

٢– أنه قد ثبت علميا أن الدم يحمل الكثير من الجراثيم والميكروبات ولو بقى لأدى إلى حدوث الكثير من الأمراض لآكلية.

٣– أن بقاء الدم وبه هذه الجراثيم يسارع بإفساد اللحم فى أقرب وقت فلا يطيب لآكليه.

أما حيوان الماء فلا يشترط لحله الذكاة فيجوز أكلـه بغير ذكاة ولعل السبب فى هذا هـو عـدم القـدرة علـى تذكيتـه أو لأنـه لادم له فلا تكون هناك حاجة إلى إسالة الدم لكى يطيب اللحم.

➢ أن الذكاة يشترط لها القدرة.

ففى المقدرة عليه من الحيوان لابد من الذبح أو النحر فـى الحلق واللبة بقطع الود جين والمرئ والحلقوم أما عند العجز عن ذلك فيكفى جرح الحيوان وتسييل الـدم من أى موضـع قـدر عليه إذ " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها وهذا مـا فـى الوسـع عند العجز.

➢ حرص الإسلام على حياة الإنسان.

ويتجلى ذلك فى صور منها:

١- حماية الإنسان من المحرمات.

أثبت العلـم أن مـاحرم مـن الحيـوان- فـى أكثره- يحمل أضرارا كان من الممكن أن تنتقل إلى آكليه فكان فى تحريمه لها حريصا على حياة الإنسان.

يقول اللـه سبحانه "**ولا تقتلـوا أنفسكم إن اللـه كـان بكـم رحيمـا**" وما لم يثبت ضرره اليوم قـد يكشـف العلـم فـى يـوم مـن الأيام عن أضراره وقد صدق الله إذ يقول (ولا يحيطـون بشـئ من علمه إلا بما شاء) فسبحان من أحاط بكل شئ علما، فعلينا أن نسلم لحكم الله راضين بماحكم.

٢- إباحة المحرمات عند الضرورة:

عندما لا يجد الإنسان ما يسد به رمقه ويحفظ به حياته إلا المحرمات ويخشى إذا لم يتناولها أن يهلك فإن الله أباح له الأكل عندئذ حتى لا يقتل نفسه إلى أن يجد ما يغنيه عنها وهو فى ذلك غير باغ ولا عاد فى الأكل من المحرم بل يقدر الضرورة، وكما يكون الأكل مباحا قد يكون واجبا إذا أشرف على الهلاك فالله يقول " ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة " - ويقول " ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما "

والله أعلم ،،،،،

وأخيرا فهذا هو جهد المقل وهو غاية ما تيسر لى وحسبى أننى لم أدخر وسعا ولم أقصر فى بذل الجهد والوقت لإخراج هذه الأحكام الشرعية فى موضوع يتعلق بمطعم الإنسان فى بحث صغير بعد أن كانت منتشرة فى أمهات الكتب حتى يتيسر لمن أراد أن يتحرى الحلال فى مطعمه معرفتها ومعرفة الراجح منها بغير عناء فإن أكن قد وفقت فالحمد لله وإن كانت الأخرى فحسبى قوله تعالى (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا).

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

ثبت المصادر

١-التفسير الكبير - المعروف بمفاتيح الغيب لمحمد بن عمر بن الحسين الرازى دار الغد العربى.

٢- الجامع لأحكام القرآن لأبى عبدالله بن أحمد القرطبى- ط ثانية دار الغد العربى.

٣- أحكام القرآن للجصاص - لأبى بكر أحمد الرازى - المكتبة التجارية- مكة المكرمة.

٤-صحيح البخارى لمحمد بن إسماعيل البخارى- دار الفتح الإسلامى الإسكندرية.

٥-صحيح مسلم بشرح النووى للإمام مسلم بن الحجاج- ط دار الكتب العلمية.

٦-صحيح ابن حبان- المعروف بالإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ط دارالكتب العلمية.

٧-سنن الترمذى المعروف بالجامع المختصر من السنن لأبى عيسى محمد بن عيسى - ط المكتب الإسلامى.

٨-سبل السلام للصنعانى مع بلوغ المرام لابن حجر العسقلانى ط مصطفى الحلبى.

٩-سنن البيهقى- أو السنن الكبى لأبى بكرأحمد بن الحسين البيهقى ط دار المعرفة بيروت.

١٠-سنن الدارمي لأبي محمد عبدالله بن عبدالرحمن ط دار الكتب العليمة بيروت.

١١-سنن الدار قطني لعلي بن عمر ط شركة الطباعة الفنية- الدراسة.

١٢-سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ط دار الحديث القاهرة.

١٣-سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ط دار إحياء السنة النبوية.

١٤-سنن ابن ماجة لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ط - دار الحديث القاهرة.

١٥-فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ط دار الريان للتراث.

١٦-نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي.

١٧-المسند للإمام أحمد مع كنز العمال ط دار الفكر.

١٨-مختصر السنن للمنذري.

١٩-جامع العلوم والحكم لابن رجب تحقيق الأحمدي أبو النور إصدار وزارة الأوقاف.

٢٠-الموطأ للإمام مالك مع شرح الزرقاني ط دار الفكر.

٢١-نيل الأوطار للشوكاني على منتقى الأخيار لمحمد بن علي الشوكاني مكتبة دار التراث القاهرة.

٢٢- الطبرانى الكبير لأبى القاسم سليمان بن أحمد ط ثانية مكتبة التوعية الإسلامية.
٢٣-شرح معانى الآثار للطحاوى أبى جعفر أحمد بن محمد الحنفى ط دار الكتب العلمية.
٢٤-المستدرك للحاكم النيسابورى وبذيله التخليص للحافظ الذهبى ط دار المعرفة.
٢٥-شرح السنة للبغوى ط المكتب الإسلامى.
٢٦-الترغيب والترهيب للمنذرى الناشر دار الحديث القاهرة.
٢٧-الأشباه والنظائر للسيوطى ط دار أحياء الكتب العربية عيسى الحلبى.
٢٨-الأشباه والنظائر لابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم الناشر مؤسسة الحلبى.
٢٩-المحصول فىعلم الأصول.
٣٠-شرح الاسنوى على المنهاج.
٣١-حاشية البنانى على شرح المحلى على جمع الجوامع.
٣٢-منهاج الوصول فى علم الأصول.
٣٣-إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى ط مصطفى الحلبى.
٣٤-مشكاة المصابيح للتبريزى بتحقيق الألبانى.
٣٥- شرح المنار لابن ملك.

٣٦-المصباح المنير للفيومى ط وزارة المعارف العمومية.
٣٧-القاموس المحيط للفيروز ابادى ط ثالثة المطبعة الأميرية.
٣٨-النظم المستعذب بشرح غريب المهذب لابن بطال الركبى مع المهذب ط دار الفكر.
٣٩-مختار الصحاح للرازى ط دار الحديث القاهرة.
٤٠-حياة الحيوان للدميرى مطابع الأهرام.
٤١-الحيوان للجاحظ.
٤٢-بدائع الصنائع للكاسانى ط دار الكتاب العربى.
٤٣-العناية على الهداية مع فتح القدير لأكمل الدين البابرتى ط الحلبى.
٤٤-تكملة فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام ط الحلبى.
٤٥-الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى مع الفتح ط الحلبى.
٤٦-حاشية رد المحتار على الدر المختار- حاشية ابن عابدين ط دار إحياء التراث العربى بيروت.
٤٧-شرح الكنز للعينى ط مصطفى الحلبى.
٤٨-المبسوط لشمس الأئمة السرخسى ط دار المعرفة بيروت لبنان.
٤٩-بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ط دار الكتب العلمية بيروت.
٥٠-الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ط فيصل الحلبى.

٥١-حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقى ط فيصل الحلبى.
٥٢-شرح الزرقانى على الموطأ لسيدى محمد الزرقانى ط دار الفكر.
٥٣-مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لمحمد بن محمد بن عبدالرحمن الحطاب ط دار الفكر.
٥٤-التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير المواق ط دار الفكر.
٥٥- المنتقى للباجى على موطأ الإمام مالك دار الكتاب العربى بيروت.
٥٦-المجموع شرح المهذب للنووى لأبى زكريا محى الدين بن شرف النووى ط دار الفكر.
٥٧-المهذب للشيرازى إبراهيم بن على ط دار الفكر.
٥٨-الأم للإمام الشافعى ط دار المعرفة بيروت.
٥٩-شرح المحلى على منهاج الطالبين للعلامة جلال الدين المحلى مطبوع مع قليوبى.
٦٠-قليوبى على شرح المحلى ط فيصل الحلبى.
٦١-عميرة على شرح المحلى مع قليوبى ط فيصل الحلبى.
٦٢-الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشربينى الخطيب ط / دار إحياء الكتب العربية.

٦٣-الحاوى الكبير للماوردى
٦٤- المغنى لابن قدامة عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.
٦٥-شرح منتهى الإرادات المنصور بن يونس البهوتى ط دار الفكر بيروت.
٦٦- المبدع فى شرح المقنع لابن مفلح ط المكتب الإسلامى.
٦٧-كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى مكتبة النصر الحديث الرياض.
٦٨- مجموع الفتاوى لابن تيمية تقى الدين أحمد بن تيمية الحرانىط مطابع الرياض.
٦٩- المحلى لابن حزم على بن أحمد بن سعيد تحقيق محمد شاكر دار التراث.
٧٠-البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى ط دار الكتاب الإسلامى.
٧١-السيل الجرار المتدفق علىحدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن على الشوكانى ط دار الكتب العلمية بيروت.
٧٢-حدائق الأزهار لعلى أحمد بن يحيى المهدى مع العسيل ط دار الكتب العلمية.

فهرس عام

تابع الفهرس العام

تابع الفهرس العام

تابع الفهرس العام



كلية الشريعة والقانون بأسيوط

بحث فى

الإغماء وأثره على الأحكام الشرعية

إعداد

د/ محمد عبد السميع فرج

مدرس أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

١٤١٨هـ - ١٩٩٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله الذى خلق الخلق ليبرهنوا عليه، وبعث فيهم رسلاً منهم يهدونهم إليه، وصلى الله عليهم -عموما- وعلى أشرف المرسلين إليه خصوصاً وعلى آله وصحبه ومن اقتدى به واهتدى بهديه إلى يوم الدين.

أما بعد:

فقد أنزل الله تبارك وتعالى شرعه الحكيم؛ وأخبر فيه بأنه اصطفى بنى آدم على خلقه أجمعين، فقال تعالى "إن الله اصطفى آدم ونوحاً وآل إبراهيم وآل عمران على العالمين"[1]، ثم جعلهم مستخلفين إلى لقائه يوم الدين، وما ذلك إلا لكونهم أهلاً لتكليفهم بأحكام شرعه القويم قال تعالى" إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها واشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً"[2]، لكن الإنسان قد يطرأ عليه ما يخرج به عن أهلية التكليف، وذلك حينما يقوم به عارض من عوارض التكليف الأمر الذى يستتبع تغيير الحكم بالنسبة له هذا ولما كان الإغماء من بين هذه العوارض، فأننى آثرت أن أقدم لكل قارئ يريد أن يعرف حكم الله بالنسبة له هذا البحث المتواضع ولا يفوتنى فى هذا المقام أن أبين أمرين مهمين:

---

(1) سورة آل عمران الآية (٣٣).
(2) سورة الأحزاب الآية (٧٢).

<u>الأول</u>: أن هذه الأحكام وإن كانت موجودة فى الكتب إلا أن جمعها فى موضع واحد شئ يصعب مناله إلا بشق الأنفس.

<u>الثانى</u>: أن هذا البحث ذو شقين: الأول: قائم على الدراسة النظرية بذكر الآراء المتعددة التى تتعلق بأهلية "المغمى عليه" والثانى: بيان أثر هذه الدراسة النظرية فى الأحكام الشرعية التى تخصه وليس هذا بالعمل السهل، فهو يتطلب أن يكون الشارع فيه على دراية بالفنيين، فمن الأصول، وفن الفقه، ليخرج بالأصول من البحث النظرى إلى الواقع العملى.

هذا ولا ادعى أننى قد وصلت ببحثى هذا إلى درجة الكمال، فإن الكمال لله وحده، وحسبى أننى بشر أخطئ وأصيب، فإن كانت الثانية، فبتوفيق من الله وإن كانت الأخرى فمن نفسى.

والله أسأل أن يجعل عملى هذا خالصاً لوجهه الكريم وأن يوفقنى إلى ما فيه الخير لمعرفة أحكام الدين إنه نعم المولى ونعم النصير.

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

خطة البحث

خطة البحث على النحو التالى:

<u>أولاً</u>: الدراسة الأصولية النظرية

<u>ثانياً</u>: التطبيقات العملية للدراسة الأصولية النظرية

<u>أولاً</u>: الدراسة الأصولية النظرية:

الأهليـــــة

تمهيـــــد:

يقتضى منا الحديث عن الإغمـاء باعتبـاره مـن عـوارض الأهلية الحديث عن الأهلية ذاتها فنقول:

الأهليـة فى اللغـــة:

مؤنث الأهل، والأهلية للأمر الصلاحية له[1]، كما أطلقت الأهل على أهل الرجل أى عشيرته وأقربائه، وأهل البيت سكانه، وأهل المذهب مـن يديـن بـه ويعتنقـه، وأهـل الأمـر ولاتـه الذيـن يقيمون عليه ويصلحون لـه[2]، والمعنـى الأول الـذى نـص عليـه صاحب المعجم الوسيط هو المواد هنا وعلى هذا يقال: فلان أهل لأن يتولى أمر نفسه أى عنده الصلاحية فـى أن يصـرف أمـوره ويتولاه بنفسه.

وفـــى الاصطـلاح:

هـى صـلاحيـة الإنسـان لوجـوب الحقـوق المشــروعة لــه وعليه[3]، وهذا التعريف للإمام عبد العزيز البخارى.

واعـترض عليـه: بأنـه غـير جـامع، لأنـه لا يشـمل أهليـة الأداء التى هى أحد أقسام الأهلية.

---

(1) هذا ما نص عليه صـاحب المعجم الوسيط (ينظر: المعجم الوسيط جـ١/صـ٣٢ طبعة بيروت مصورة عن طبعة دار المعارف سنة ١٣٩٣هـ).

(2) ينظر: الصحاح للجوهرى جـ٤/صـ١٦٢٨/١٦٢٩ الطبعة الثانية بيروت.

(3) ينظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوى جـ٤/صـ٢٣٧ طبعـة الشـركة الصحافيـة العثمانية سنة ١٣٠٨هـ.

وبناء على ذلك: يكون التعريف المختار للأهلية بعد استقراء ما ورد عن كثيرين من الأصوليين هو أن تعرف الأهلية بأنها: " صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وصلاحيته لصدور الأفعال منه على وجه يعتدِ به شرعاً "[1].

شرح التعريف المختار:

قولنا "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له " أى الحقوق التى تجب له على الغير.

وقولنا "أو عليه" أى ما يجب على الإنسان من التزامات نحو الغير.

وقولنا "وصلاحيته لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً "أى بأن يكون الشخص صالحاً لصدور الفعل منه على وجه يقره الشرع، بأن يكون فاهماً لما يفعله ويقوله وهو صحيح العقل والبدن، وعلى هذا فإن التعريف يكون شاملاً للأهلية بصفة عامة، حيث جاء متضمناً لقسميها أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

هذا ولما كانت صحة العقل والبدن لا تتوافر لجميع الناس بل منهم من يكون كامل العقل والبدن فتثبت له الأهلية بمعناها العام – أى أهلية وجوب بقسميها وأهلية أداء بقسميها – ومنهم من يكون فاقد العقل كامل البدن فتثبت له أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، من هنا وتبعاً لكمال العقل والبدن أو نقصهما أو

---

[1] ينظر: التقرير والتحبير جـ٢/صـ١٦٢ طبعة الأميرية سنة ١٣١٦هـ، وحاشية الأزميرى على مرآة الأصول جـ٢/ صـ٤٣٤ط الأميرية ببولاق سنة ١٢٥٨هـ وفتح الغفار بشرح المنار جـ٣/صـ٨٠ط مصطفى الحلبى سنة ١٩٣٦م.

فقدانهما قسم العلماء الأهلية إلى قسمين: أهلية الوجوب وأهلية الأداء وكل منهما تتقسم إلى كاملة وناقصة، فصارت الأقسام أربعة:

أقسام الأهليـة:

سبق أن ذكرنا أن العلماء قسموا الأهلية إلى قسمين:

أ- أهليـة الوجـوب[1]. **ب- أهليـة الأداء[2].**

أولاً: أهليـة الوجـوب:

تعريفها:

عرف علماء الأصول أهلية الوجوب بأنها: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[3].

وأساس ثبوت هذه الأهلية: الحياة، ولهذا كانت موجودة منذ بدء ظهور الحياة فى الإنسان إلى انتهائها، فهى تتعلق بالإنسان جنيناً كان أو منفصلاً عن أمه بالغاً كان أو صبياً رشيداً كان أو غير رشيداً ذكراً كان أو أنثى.

ولابد لها من الذمة الصالحة، لأن الذمة محل الوجوب، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها، واختص الإنسان بالوجوب لوجود الذمة ولا كذلك سائر الحيوانات لعدم الذمة، وقد وقع خلاف بين العلماء فى فرض الذمة وتقديرها أو عدم الحاجة إلى ذلك.

---

[1] الوجوب: عبارة عن شغل الذمة (ينظر: حاشية الرهاوى صـ٩٣٦).

[2] الأداء: عبارة عن تفريغها (ينظر: المرجع السابق بنفس الصفحات).

[3] ينظر: تيسير التحرير جـ٢/ صـ٢٤٩ط بيروت لبنان، وكشف الأسرار جـ٤/صـ٢٣٧.

وسوف نشير إلى هذا الخلاف بشئ من الإيجاز بما يتناسب مع هذا البحث وذلك بعد تعريف الذمة فنقول:

الذمة فى اللغة:

جمع ذمم -بكسر الذال- وتطلق فى اللغة على العهد والكفالة والأمانة[1].

ومن ذلك قوله - ﷺ - "المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم، ويسعى بذمتهم أدناهم"[2]، وقد ذم الله عز وجل الكفار على نقضهم للعهد مع المؤمنين فقال تعالى:

" لا يرقبون فى مؤمن إلا ولا ذمة"[3] أى عهداً أو أماناً أو ضماناً[4].

وفى الشرع:

وردت عن الفقهاء والأصوليين تعريفات كثيرة للذمة، وهذه التعريفات وإن اختلفت فى اللفظ إلا أنها متحدة فى المعنى ولهذا اقتصرنا على بيان معنى الذمة عند الأحناف.

---

[1] ينظر: الصحاح للجوهرى جـ٥/صـ١٩٢٦، والمعجم الوسيط جـ١/ صـ٣١٥، والمصباح المنير صـ٢١٠.

[2] هذا جزء من حديث صحيح أخرجه الإمامان أبو داود والنسائى - ﷺ -.
(ينظر: مختصر أبى داود باب إيقاد المسلم بالكافر حديث رقم ٤٣٦٥ جـ٦/ صـ٣٢٨ وأخرجه النسائى فى باب القود بين الأحرار والمماليك فى النفس جـ٨/صـ١٩ كما ذكر الحديث فى كتب السنة (ينظر: جامع الأصول لابن الأثير جـ١٠/ صـ٢٥٤.

[3] سورة التوبة: من الآية (١٠).

[4] ينظر: كلمات القرآن للشيخ حسنين مخلوف صـ١٢٦ طبعة مصطفى الحلبى.

فهى عندهم: عبارة عن وصف يصير الشخص به أهلاً للايجاب والاستيجاب[١] وعليه تكون الذمة عندهم وصفاً وهو الراجح.

وذهب بعض المحققين من العلماء إلى أنها ذات فعرفها بأنها: نفس لها عهد سابق والمراد بالنفس ما يشير إليه كل أحد بقوله: أنا، والمراد بالعهد السابق، العهد الذى عاهد الإنسان ربه يوم الميثاق، والمشار إليه بقوله تعالى "وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم الست بربكم"[٢]، حيث ذهب جميع المفسرين من العلماء إلى أن الله تعالى أخرج ذرية آدم بعضهم من بعض على حسب ما يتوالدون إلى يوم القيامة فى أدنى مدة كموت الكل بالنفخ فى الصور وحياة الكل بالنفخة الثانية، فصورهم واستخلفهم وأخذ ميثاقهم ثم أعادهم جميعاً فى صلب آدم.

موقف العلماء من إثبات الذمة ونفيها:

اختلف العلماء فى إثبات الذمة للإنسان أو نفيها عنه على قولين:

القول الأول:

لجمهور الأصوليين حيث ذهبوا إلى إثبات الذمة للإنسان وقالوا إن الله عز وجل قد خص الإنسان من بين سائر

(١) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤/ صـ٢٣٨.
(٢) سورة الأعراف من الآية (١٧٢).

المخلوقات بوجوب أشياء له وعليه، فلابد من خصوصية بها يصير أهلا لذلك وهو المراد بالذمة[1].

واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتى:

أولاً: قوله تعالى: "وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم...الآية

وجه الدلالة من الآية:

أن هذا أخبار عن عهد جرى بين المولى وبين عباده، وعن أخبارهم بربوبيته ووحدانيته، والإشهاد عليهم دليل على أنهم يؤاخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق تجب لله عليهم، فلابد لهم من وصف يكونون به أهلا للوجوب عليهم، فتثبت لهم الذمة بالمعنى اللغوى والشرعى[2].

ثانياً: قوله تعالى:" إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ..... الآية.

وجه الدلالة:

أن هذه الآية تدل على أن المولى سبحانه وتعالى خص الإنسان من بين سائر المخلوقات بحمل أعباء التكاليف أى وجوبها عليه[3].

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه بعض الأصوليين حيث قالوا إن تقدير المال فى الذمة لا حاجة له، وأنه من النزهات[4] التى

---

(1) ينظر: حاشية الازميرى على مرآة الأصول جـ٢/ صـ٤٣٤.

(2) ينظر: التوضيح لمتن التنقيح جـ٢/ صـ١٦٢.

(3) ينظر: المرجع السابق صـ١٦٣.

لا حاجة فى الشرع والعقل إليها بل الشارع مكنه بأن يطالبه بذلك القدر من المال فهذا هو المعقول عرفاً وشرعاً هذا وقد رد الإمام البخارى صاحب كشف الأسرار على القائلين بهذا رداً عنيفاً ووصفهم بأنهم لم يشموا رائحة الفقه[1].

أقسام أهلية الوجوب:

تتنوع أهلية الوجوب عند الأصوليين إلى نوعين:

الأول: أهلية وجوب كاملة:

وهى صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وتثبت للإنسان منذ ولادته حياً.

الثانى: أهلية وجوب ناقصة:

وهى صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له فقط دون أن تلزمه حقوق غيره، وتثبت هذه للجنين قبل ولادته[2].

ثانياً: أهلية الأداء:

هى صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً، وتسمى أهلية المعاملة بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأكتساب حقوق من تصرفاته وإنشاء حقوق لغيره.

وأساس ثبوت هذه الأهلية: هو العقل لا الحياة كما فى أهلية الوجوب فلا تثبت للإنسان وهو جنين فى بطن أمه، ولا

---

[4] النزهات: جمع نزهه وتطلق على عدة معان منها القول الخيالى من نفع وهذا المعنى هو المقصود هنا (ينظر: المعجم الوسيط جـ١ صـ٨٥).

[1] ينظر: كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٣٨.

[2] ينظر: كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٣٩، ٢٤٠.

تثبت له عند ولادته، وإنما تثبت له إذا بلغ سن التمييز وهى السابعة.

ومناط هذه الأهلية هو العقل، فإذا كمل العقل ثبت له أهلية أداء كاملة وإذا نقص العقل ثبتت أهلية أداء ناقصة، وإذا فقد العقل لم تثبت أهلية أداء مطلقاً[1].

أقسام أهليـــة الأداء:

بالاستقراء تبين أن أهلية الأداء قسمان:

أ- أهليـــة أداء كاملــة:

وهى صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً وعدم توقفها على رأى أحد غيره. وتثبت هذه الأهلية للبالغ العاقل الرشيد، وهذه الأهلية تتبنى على القدرة الكاملة من العقل الكامل والبدن الكامل.

ب- أهليـــة أداء قاصــرة:

وهى صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر، أو لصدور أفعال وتصرفات يتوقف نفاذها على رأى غيره وتثبت هذه الأهلية للصبى إذا بلغ سن السابعة إذ لا يشترط البلوغ.

وهذه الأهلية تبتنى على القدرة القاصرة من العقل القاصر والبدن القاصر وقد بين صاحب كشف الأسرار هذه الأقسام فقال:

---

[1] ينظر: التوضيح لمتن التنقيح جـ٢/ صـ١٦٤.

لا خلاف أن الأداء يتعلق بقدرتين:

١- قدرة فهم الخطاب، وذلك بالعقل.

٢- قدرة العمل به، وهى البدن[1].

والإنسان فى أول حياته عديم القدرتين، لكنه فيه استعداد وصلاحية لأن يوجد فيه كل واحدة من القدرتين شيئاً فشيئاً بخلق الله تعالى إلى أن تبلغ كل واحدة منهما درجة الكمال، فقبل بلوغ درجة الكمال، كانت كل واحدة منهما قاصرة كما يكون للصبى المميز قبل البلوغ، وقد تكون إحدهما قاصرة كما فى المعتوه بعد البلوغ، فإنه قاصر العقل مثل الصبى وإن كان قوى البدن ولهذا الحق بالصبى فى الأحكام.

فالأهلية الكاملة:

عبارة عن بلوغ القدرتين أولى درجات الكمال، وهو المراد بالاعتداد فى لسان الشرع، والقاصرة: عبارة عن القدرتين قبل بلوغهما أو بلوغ أحداهما درجة الكمال أ.هـ وقد ورد هذا المعنى عن صاحب التقرير والتحبير[2].

وقد بنى الشارع على الأهلية القاصرة صحة الأداء، وعلى الأهلية الكاملة وجوب الأداء وتوجيه الخطاب، لأنه لا يجوز إلزام الأداء على العبد فى أول أحواله إذ لا قدرة له أصلا، وإثبات مالا قدرة له عليه منتف شرعاً وعقلاً قال تعالى:

---

[1] ينظر: كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٤٨.

[2] ينظر: التقرير والتحبير جـ٣/ صـ١٦٤ط دار الكتب العلمية بيروت.

"لا يكلف الله نفساً إلا وسعها"[1]، وقال "وما جعل عليكم فى الدين من حرج"[2]، وقبل التمييز والتمكن من الأداء لا وجه لإثبات التكليف بالأداء[3].

عـــوارض الأهليـــة

تكليف الإنسان موقوف على أهليته، بمعنى أن يكون الإنسان أهلا للحكم عليه، لكن قد يعرض للإنسان بعد كمال أهليته ما ينقصها أو يفقدها ويسمى هذا عارضاً من عوارض الأهلية.

وقد بين صاحب كشف الأسرار أقسام عوارض الأهلية وذكر أنها تتنوع إلى ثلاثة أنواع هى:

الأول: ما يزيل أهلية الوجوب كالموت.

الثانـى: ما يزيل أهلية الأداء كالنوم والإغماء.

الثالث: ما يوجب تغييرا فى بعض الأحكام مع بقاء أصل أهلية الوجوب وأهلية الأداء كالسفر[4].

وباستقراء ما ورد عن صاحب كشف الأسرار وغيره من علماء الأصول نجد أن عوارض الأهلية نوعان:

١- سماوية. ٢- مكتسبة.

والسماوية هـى:

الجنون، والصغر، والعته، والنسيان، والنوم، والإغماء، والرق، والمرض، والحيض، والنفاس، والموت.

---

(١) سورة البقرة من الآية (٢٨٦).

(٢) سورة الحج من الآية (٧٨).

(٣) ينظر: أصول السرخسى جـ٢/ صـ٣٠٠ طبعة دار المعرفة بيروت، وكشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٦٢.

(٤) ينظر: كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٦٢.

والمكتسبة نوعـان:

أحدهما: يصدر من ذات المكلف بمعنى أن يكون من الإنسان على نفسه وهى ستة: الجهل، والسكر، والهزل، والسفه، والخطأ، والسفر.

ثانيهما: ما يكون من الغير على ذات المكلف وهو الإكراه[1].

عـوارض أهليـة التعامـل

هناك أمور تعرض لأهلية الأداء التى هى أساس التعامل فتعدمها كلية أو تنقص منها، أو لا تؤثر فيها لكنها تحد من تصرفات الشخص محافظة على ماله، إما لمصلحتة أو لمصلحة غيره.

والعوارض التى تعدم الأهلية هى: الإغماء، والنوم، والجنون، والسكر عند البعض.

أما العارض الذى ينقصها فهو: العته.

أما العوارض التى ينتقصها لكنها تحد من تصرفات الشخص فهى: السفه، الغفلة، الدين، مرض الموت[2].

هذا وسوف نقتصر على بيان الإغماء من بين أقسام العوارض لأنه محل بحثنا. وقبل الحديث عن الإغماء نشير بشئ من الإيجاز إلى بيان أنواع العوارض الأخرى فنقول:

---

[1] ينظر: شرح ابن ملك صـ٩٤٤، وأصول الشيخ أبى زهرة صـ٣٣٩ والتلويح على التوضيح جـ٢/ صـ١٨٠.

[2] ينظر: الإكراه وأثره فى الأحكام الشرعية أ.د/ عبد الفتاح الشيخ صـ١٦ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٩م.

أولاً: العوارض السماوية هى:

١- **الجنــون:** عبارة عن اختلال القوة العقلية لدى الإنسان بحيث يؤدي هذا الاختلال إلى عدم جريان الأقوال والأفعال على وفق منهج العقل السليم[١].

أثــره على الأهليــة:

الجنون أصليا كان أو طارئاً يؤدى إلى زوال أهلية الأداء بنوعيها، لأنه يؤدى إلى فقدان التمييز عند المكلف، والتمييز أحد العناصر التى تعتمد عليها أهلية الأداء، وعلى ذلك فلا يعتد بعبارة المجنون، ولا تترتب عليها آثارها، ولا يصح أى تصرف من تصرفاته شأنه فى ذلك شأن الصبى غير المميز.

أما بالنسبة لأهلية الوجوب، فإن الجنون لا ينافيها، لأنها تثبت بالذمة، والجنون لا ينافى الذمة، لأنها ثابتة لكل مولود من البشر.

٢- **العتــه:** هو آفة توجب خللاً فى العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين وكذا سائر أموره[٢].

أثـر على الأهليــة:

العتـه نوعـان:

أ- **عته شديـد:** وهو ما يفقد الشخص إدراكه وتمييزه فيكون الشخص المصاب به فاقداً للأهلية وهذا النوع باتفاق العلماء يعامل معاملة المجنون.

---

[١] ينظر: التوضيح لمتن التنقيح جـ٢/ صـ٣٣٤، وتيسير التحرير جـ٢/صـ٣٥٩ وشرح المنار لابن ملك صـ٩٤٧.

[٢] ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٢/ صـ٢٦٣.

ب- **نوع خفيف:** وهو المعتوه المميز الذى يتحقق منه بعض الإدراك ولكن لا يصل إلى الإدراك الكامل فيكون ناقص الأهلية وحكم صاحب هذه الآفة انه يعامل معاملة الصبى المميز.

٣- النسيان:

هو جهل الإنسان بما كان يعلمه ضرورة مع علمه بأمور كثيرة لا بآفة.

أثره على الأهلية:

لا يؤثر النسيان على أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء فالناسى مكلف كامل الأهلية، ومن ثم تثبت العبادة فى ذمته عند تحقق سبب الوجوب، غير أن الناسى لا يخاطب بالأداء حال نسيانه بل عند تذكره لذلك قال - ﷺ - "من نسى صلاة فليصلها إذا ذكرها لا كفارة لها إلا ذلك" [(١)].

٤- النوم:

وهو فترة طبيعية تحدث فى الإنسان بلا اختيار منه وتمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها كما تمنع من استعمال العقل مع قيامه[(٢)].

أثره على الأهلية:

لا يؤثر النوم فى أهلية الوجوب لثبوتها بالذمة والإسلام والنوم لا يخل بهما، وينافى أهلية الأداء، لا متناع الفهم وعدم القدرة على إيجاب الفعل حال النوم، وبناء على هذا يوجب النوم تأخير الخطاب بالأداء لوقت اليقظة والانتباه[(٣)].

---

(١) ينظر: صحيح مسلم جـ١/ صـ٢٧٦، ونيل الأوطار جـ٢/ صـ٣٠.

(٢) ينظر: كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٧٧، ٢٧٨.

(٣) ينظر: تيسير التحرير جـ٢/ صـ٢٦٥، وفتح الغفار بشرح المنار جـ٣/صـ٨٩ والتلويح على التوضيح جـ٢/ صـ١٦٩.

٥- الإغمـــاء:

هو فتور يزيل القوى ويعجز بـه ذو العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة.

أثره على الأهليـة:

لا يؤثر الإغماء على أهليـة الوجـوب والأداء، لكنـه يمنـع فهم الخطاب كالنوم، لأنه مرض ينـافى القـوة أصـلاً، ولا يزيـل العقـل فيعجـز المكلـف معـه عن الأداء فيتـأخر الأداء إلـى وقـت الإفاقة[١].

٦- الـــرق:

هو عجز حكمى شرع فى الأصل جزاء على الكفر.

أثره على الأهليـة:

الـرق لا ينـافى أهليـة الوجـوب ولا أهليـة الأداء، بـل قـد يكون الرقيق من حيث سلامة بنيته وكمال عقله أفضل من الحـر بدرجات، لكن الشارع حكم بضعفه من حيث ملكية الحقوق التـى يملكها الحر، فضعفه أذن حكمى لا حقيقى[٢].

٧- المـــرض:

هو حالة للبدن يزول بها اعتدال الطبيعـة، والمـراد من المرض الذى هو من عوارض الأهلية مرض الموت.

أثره على الأهليـة:

لا يؤثـر المـرض علـى أهليـة الحكـم أى ثبـوت الحكـم ووجوبه علـى الإطـلاق ولا يؤثـر كذلـك علـى أهليـة العبـارة أى

---

[١] ينظر: كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٧٩.

[٢] ينظر: عوارض الأهلية أ.د/ صبرى معارك صـ٢٥٢.

أهلية الأداء، وبالتالى كان ينبغى أن يجب على المريض العبادات كاملة كما تجب على الصحيح لكن لما كان المرض من أسباب العجز شرعت العبادات على المريض بقدر الاستطاعة والمكنة قال تعالى:" لا يكلف الله نفساً إلا وسعها" [1].

فأثر المرض فى التكاليف الشرعية يظهر فى التخفيف والتيسير فى حق المريض وهذا غاية الرحمة قال تعالى:
" ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج "[2].

٨- الحيض والنفاس:

الحيض: هو دم ينفضه رحم المرأة السليمة عن الداء والصغر.
والنفاس: الدم الخارج من قبل المرأة عقب الولادة.

أثرهما على الأهلية:

الحيض والنفاس جعلا معاً أحد العوارض لأنهما متحدان فى الصورة والحكم أما عن أثرهما فى الأهلية فهما لا يؤثران على أهلية الوجوب ولا على أهلية الأداء، لأنهما لا يخلان بالذمة ولا بالعقل والتمييز ولا بقدرة البدن[3].

٩- الموت:

هو انقطاع سبل الحياة برجوع الإنسان إلى ربه، وقيل: هو صفه وجوديه خلقت ضد الحياة لقوله تعالى:" الذى خلق

---

[1] سورة البقرة من الآية (٢٨٦).
[2] سورة الفتح من الآية (١٧).
[3] ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤/ صـ٣١٢.

الموت والحياة" [١]، ولهذا قيل تفسير الموت بزوال الحياة تفسير بلازمه.

أثره على الأهليــة:

الموت ينافى أهلية الوجوب وأهلية الأداء، لأن الميت غير أهل للخطاب كما أن التكليف يراد به الابتلاء والاختيار، ولا ابتلاء ولا اختيار بعد الموت بل الجزاء إن خيراً فخير وإن شراً فشر [٢].

ثانيــاً: العوارض المكتسبة وهى:

١- **الجهــل:** وهو نوعان:

جهل بسيط: وهو اعتقاد الشئ على خلاف ما هو به.

وجهل مركب: وهو عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع مع اعتقاد مطابقته.

أثــره على الأهليــة:

لا يؤثر الجهل على أهلية التكليف بنوعيها سواء أكانت أهلية وجوب أو أهلية أداء، ومن ثم لا يعذر المكلف من المؤاخذة عن فعل ما كلف به او تركه عن جهل، وهذا هو الأصل والقاعدة العاملة، لكن الشارع استثنى من ذلك بعض الحالات وجعله عذراً بالنسبة للمؤاخذة عليها.[٣]

---

[١] سورة الملك من الآية (٢).

[٢] ينظر: التلويح على التوضيح جـ٣/ صـ٣٥٤، وشرح المنار لابن ملك صـ٩٦٦.

[٣] مثال الحالات المستثناة الجهل بالأحكام الإسلامية فى غير دار الإسلام (ينظر: أصول الفقة للشيخ محمد أبى زهرة صـ٣٥١).

٢- السكـــــر:

هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله.

أثره على الأهليـــة:

السكر لا ينافى أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، فالسكران مكلف تتحقق فيه الذمة والعقل والتمييز، فهو مخاطب ولا يسقط عنه الخطاب لكن غاية ما فى الأمر أن السكر يمنع استعمال العقل لفترة من الزمن ثم يعود بعدها إلى التفكير، فيكون مسئولاً عن أفعاله وتلزمه التكاليف الشرعية بعد أن يصحو من السكر، فهو فى صحوه مسئول عن فعله فى سكره[١].

٣- الهـــــزل:

هو أن ينطق المرء بكلام راضياً فاهماً مختاراً معناه، ولكنه لا يريد حقيقته ولا مجاوزة لهواً ولعباً.

أثره على الأهليـــة:

لا يؤثر الهزل فى أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، ولا اختيار المباشرة والرضا بها، ولكنه ينافى اختيار الحكم والرضا به، ومعنى هذا أن الهازل يتكلم بصيغة العقد مثلاً باختياره ورضاه، ولكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه والاختيار هو القصد إلى الشئ وإرادته، والرضا هو إيثاره وإستحسانه[٢].

---

[١] ينظر: فتح الغفار بشرح المنار جـ٣/ صـ١٠٦، وشرح المنار وحواشيه جـ٢/ صـ٣٧٨.

[٢] ينظر: التوضيح لمتن التنقيح جـ٢/ صـ٣٧٦.

٤- السفه:

عبارة عن التصرف في المال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه والإسراف مع قيام حقيقة العقل.

أثره على الأهلية:

لا يوجب السفه خللاً في الأهلية بنوعيها، لأنه لا يخل بمناطها وهو العقل وسائر القوى الظاهرة والباطنة، فالسفيه عاقل لكنه غير رشيد ولذلك فهو مخاطب بكل التكليفات الشرعية، فالسفه لا يمنع أحكام الشرع ولا يوجب سقوط الخطاب عن السفيه بحال سواء منع المال أو لم يمنع حجر عليه أو لم يحجر[1].

٥- السفر:

هو الخروج على قصد المسير إلى موضع بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام فما فوقها بسير الأبل ومشى الأقدام.

أثره على الأهلية:

السفر لا ينافي شيئاً من الأهلية (بنوعيها) أى لا يخل بها بوجه لبقاء القدرة الظاهرة والباطنة بكمالها، ولا يمنع وجوب شيئ من الأحكام، لكنه جعل في الشرع من أسباب التخفيف بنفسه مطلقاً يعني من غير نظر إلى كونه موجباً للمشقة أو غير موجب لها[2].

٦- الخطأ:

هو فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه.

---

[1] ينظر: كشف الأسرار جـ٤/ صـ٣٦٩، ٣٧٠.

[2] ينظر: المرجع السابق جـ٤/ صـ٣٧٦، وشرح المنار لابن ملك صـ٩٩٠.

أثره على الأهليـة:

لا ينافى الخطأ الأهلية بنوعيها أى لا يخل بها بوجه لبقـاء القدرة الظاهرة والباطنة بكمالها، فالمخطئ شخص كـامل العقـل والتمييز والبدن، غير أن الشارع قد جعل الخطأ عذراً لرفع الآثم المترتب على الفعل فى الآخرة[1]

٧- الإكـــــراه:

عبارة عن حمل الغـير علـى أن يفعـل مـا لا يرضـاه، ولا يختار بمباشرته لو خلى ونفسه.

أثره على الأهليـة:

لا يؤثر الإكـراه علـى الأهليـة بنوعيهـا، فـالمكره شـخص مخاطب من قبل صاحب الشرع لبقاء الذمة والعقل والبلوغ سواء كان الإكراه ملجئ أو غير ملجئ[2].

بهذا: نكون قد تحدثنا عن مجموعة عوارض الأهليـة مـن حيث بيان أثر كل عارض على الأهلية بالقدر الذى يتناسـب مـع بحث الإغماء.

[1] ينظر: التلويح على التوضيح جـ٢/ صـ٣٨٨، كشف الأسرار جـ٤/ صـ٣٨٠.
[2] ينظر: التلويح جـ٢/صـ٣٩٠، وكشف الأسرار جـ٤/ صـ٣٨٣، وتيسير التحرير جـ٢/ صـ٣٠٧.

الإغمـــــــاء

تعريف الإغماء لغــة:

هو فقد الحس والحركة لعارض، تقول: غمِي عليه - بضم الغين وكسر الميم وغمِّي - بتشديد الميم مفتوحة - أى عرض له ما افقده الحس والحركة فهو مغمى عليه(١).

وهو مصدر الفعل الرباعى أغمى عليه فهو مغمى عليه بمعنى غش عليه ثم أفاق(٢).

وفى الاصطــلاح:

هو فتور يزيل القوى، ويعجز به ذو العقل عن استعماله مع قيام حقيقته(٣)، وعرفه بعض العلماء بأنه:" فتور غير أصلى لا بمخدر يزيل عمل القوى".

وقيل إنه" آفة توجب انحلال القوى الحيوانية بغتة".

وهذه التعريفات وإن اختلفت فى اللفظ إلا أنها تجتمع فى المعنى(٤).

---

(١) ينظر: الصحاح للجوهرى جـ٦/ صـ٢٤٤٩ الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٢هـ سنة ١٩٨٢، المعجم الوسيط جـ٢/ صـ٦٦٤ الطبعة الثانية بيروت مصوره عن طبعة دار المعارف سنة ١٣٩٣هـ/ سنة ١٩٧٣م.

(٢) ينظر: القاموس المحيط جـ٤/ صـ٣٧٣.

(٣) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤/ صـ٢٧٩.

(٤) ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤/ صـ٢٧٩، تيسير التحرير جـ٢/صـ٢٦٦ والتوضيح لمتن التنقيح جـ٢/صـ١٦٩، وحاشية الأزميرى على مرآه الأصول جـ٢/صـ٤٤١ الطبعة الأميرية الكبرى سنة ١٣٥٨هـ.

الفرق بين الإغماء والنوم:

ذكر العلماء عدة فروق بينهما، منها ما يأتى:

١- النوم فترة طبيعة أصلية، وهو سهو يحدث مع فتور جسم الموصوف به، ولا يخلو إنسان عنه فى حال صحته، بخلاف الإغماء، فإنه سهو يحد عن مرض وقد يخلو عنه الإنسان مدة حياته.

٢- النوم يمكن إزالته بالتنبه بخلاف الإغماء، فإنه لا يمكن إزالته بفعل أحد.

٣- النوم لا يزيل أصل القوة، وإن أوجب العجز عن استعمالها بخلاف الإغماء، فإنه يزيل أصل القوة، وإن لم يزيل أصل العقل.

٤- النوم يتحقق من الإنسان باختباره فى معظم أحواله، بينما الإغماء لا اختيار للإنسان فى تحققه[1].

أثره الإغماء على الأهلية:

لا يؤثر الإغماء على أهلية الوجوب ولا على أهلية الأداء، لكنه يمنع فهم الخطاب كالنوم مع سلامة العقل، والعجز عن استعمال العقل لا يوجب عدم العقل فتبقى الأهلية ببقائه كمن عجز عن استعمال السيف لم يؤثر ذلك فى السيف بالإعدام، الا ترى أنه لا يولى عليه كما يولى على الصبى والمجنون،

---

[1] ينظر: حاشية الأزميرى على مرآة الأصول جـ٢/ صـ٤٤١، كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٧٩، والفروق اللغوية لأبى هلال العسكرى صـ٧٨ بيروت سنة ١٤٠١هـ/ سنة ١٩٨١م، وتيسير التحرير جـ٢/ صـ٢٦٦ وشرح التلويح على التوضيح جـ٢/صـ١٧٠.

فالإغماء مرض وليس زوالاً للعقل كالجنون وإلا لعصم منه النبى - ﷺ - كما عصم من الجنون لقوله تعالى:

" ما أنت بنعمة ربك بمجنون" [١].

إذن فالأهلية بنوعيها موجودة مع الإغماء، غاية الأمر أن الخطاب بالأداء يتأخر إلى وقت الإفاقة والتمكن من أدائه بإرادة واختيار[٢] وبناءاً على هذا فإن حكم العبادات فى حق المغمى عليه إن كان الإغماء بالنسبة لها ممتداً فإنه يكون عذرا تسقط به الواجبات التى امتد فيها وإن كان غير ممتد فإنه لا يكون عذراً مسقطاً لما يفوت بسببه من واجبات.

وأما حكم أقوال المغمى عليه فإنها تأخذ حكم أقوال النائم فهى غير معتبرة شرعاً.

أما عن تصرفاته فإن منها ما يتعلق بحقوق الله وحكمها العفو لأن المؤاخذة تستلزم اليقظة، وهى منعدمة فى المغمى عليه ومنها ما يتعلق بحقوق العباد وحكمها أنه مؤاخذ عليها مالياً فقط إذ يلزمه الضمان المالى إذا أتلف مال غيره، ولا يؤاخذ عليها من ناحية العقوبة البدنية، لأن العقوبة البدنية تستلزم القصد والإرادة والاختيار، وهى منتفية فى حق المغمى عليه[٣].

---

[١] سورة القلم آية (٢).

[٢] ينظر: كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٧٩، والأهلية وعوارضها للشيخ أحمد إبراهيم صـ٣٧٧ وعوارض الأهلية عند الأصوليين لأستاذنا الدكتور/ صبرى محمد معارك صـ٢٢٥، ٢٢٦ طبعة ١٩٨١/١٩٨٢م.

[٣] ينظر: مرآة الأصول صـ٣٣١، والأهلية وعوارضها للشيخ أحمد إبراهيم صـ٣٧٧، وعوارض الأهلية عند الأصوليين أ.د/ صبرى معارك صـ٢٣٠.

تنبيـــــه:

مما يجب التنبيه إليه هنا أن الأصوليين ذكورا أن الإغماء وإن كان كالنوم، لأن العجز عن استعمال العقل لا يوجب عدمـه، فتبقى الأهلية ببقائه لكنه فوق النوم وأشد منه فى فوات الاختيار.

وعلى هذا يكون الأصوليون قد جمعوا بين النائم والمغمى عليه فيها يتعلق بهما من أحكام تتصل بمعاملاتهما وأن أقوالهما لا اعتبار لها. وأما أفعالهما فإنها موجبة للضمان صيانـة لحقوق العباد..

وقد ذكـر الفقهـاء هـذه الأحكـام بالنسـبة للنـائم وقـالوا: إن المغمى عليه يأخذ حكمه لأنه أشد منه فى فوات الاختيار.

والذى يدل على أن أحكام المغمى عليه تأخذ أحكـام النـائم أن الفقهاء أجمعوا على أن بيع النائم لا يصح، لأنـه غير مميز، لأنه قول يعتبر الرضـا والمغمـى عليـه يـأخذ حكمـة، فهم أحيانـا يذكرون حكم بيع المغمى عليه مثلاً، وأحيانـا يذكـرون حكـم بيـع النائم وهذا هو ما يستفاد من كلامهم[1].

هذا وسوف نذكر هذه الأحكام فيما بعد بالتفصيل.

ثالثــاً: التطبيقات العملية للدراسة الأصولية النظرية:

أثر الإغماء على الأحكام الشرعية:

أولاً: الإغماء والـردة:

لا تصلح الردة من المغمى عليه، لأن العلماء اتفقـوا علـى أن من شـروط صحـة الـردة العقل حيـث إن العقل مـن شـرائط الأهليـة فـى الاعتقـادات وغيرهـا، لأن القصـد مطلـوب فـى

---

(1) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطى صـ٢١٥، والمبسوط للسرخسى جـ٣/صـ٤٧ كشف الأسرار جـ٤/ صـ٢٧٨.

الاعتقادات، والقصد متفق بالنسبة للمغمى عليه فلا تصح منه الردة لذلك[1].

ثانياً: الإغماء والوضوء:

قال الأحناف:

من نواقض الوضوء الإغماء، لأنه يستر العقل، لأن فيه استرخاء المفاصل، واستطلاق الوكاء[2].

وجاء في كتاب فتح القدير: ينقض الوضوء بالإغماء والجنون، لأن العقل في الإغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب، ولهذا جاز الإغماء على الأنبياء دون الجنون. ولأن الإغماء فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء، لأن النائم يتنبه بالتنبيه بخلاف المغمى عليه، وإذا كان النوم مضطجعا ينقض الوضوء فمن باب أولى الإغماء، لأنه حدث في الأحوال كلها يعني حال القيام والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء[3].

وقال المالكية والشافعية:

ينقض الوضوء بالإغماء، وقد نقل ذلك عنهم ابن المنذر فقال: أجمع الفقهاء - الحنفية، والمالكية، والشافعية- على أن الإغماء ينقض الوضوء، ولهذا يجب الوضوء على المغمى عليه بعد زوال حال الإغماء سواء أكان الإغماء يسير أو كثير.

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع جـ٧/صـ١٣٤ط بيروت لبنان، والدر المختار جـ٣/ صـ٣١١.

(2) الوكاء: ما يشد به رأس القربه، وأوكى على ما في ساقه شده بالوكاء، وقيل هو من قولهم: أوك حلقك أي اسكت.

(ينظر: بدائع الصنائع جـ١/ صـ٣٠، ومختار الصحاح صـ٧٣٥.

(3) ينظر: فتح القدير جـ١/ صـ٥٠ طبعة البابي الحلبي.

ودليلهم: أن حس المغمى عليه أبعد من حس النـائم بدليل أنه ينتبه بالانتباه، وقـد وجب الوضـوء علـى النـائم فيجب علـى المغمى عليه من باب أولى[1].

وقال الحنابلة: ينقض الوضوء بالإغماء حيث نص على هذا ابـن جزم فى المحلى فقـال: مسـألة – الأشياء الموجبة للوضـوء ولا يوجب الوضـوء غيرها، قال قوم: ذهاب العقل بأى شئ ذهب من جنون أو إغماء أو سكر مـن أى شـئ سكر وقـالوا: هـذا إجمـاع متيقن أ هـ[2].

وقال الظاهرية: لا ينقض الوضوء بالإغماء، ودليلهم على ذلـك: ماروى من طريق عائشة أم المؤمنين: أنه – ﷺ – فى علته التى مات فيها أراد الخروج للصلاة فأغمى عليـه. فلمـا أفـاق أغتسـل ولك تذكر وضوءاً، وإنما كان أغتساله ليقوى على الخروج[3].

الرأى الراجح فى نظرنـا:

هو مذهب جمهور العلمـاء الذين قـالوا بنقـض الوضـوء بالإغماء لقوة أدلتهم هـذا فضـلاً عـن أن الوضـوء ينقـض بـالنوم والنوم أخف من الإغماء فى تأثيره علـى الحـس لأن النـائم ينتبـه بالتنبيه والمغمى عليه ليس كذلك فيكون الإغماء ناقضاً للوضـوء من باب أولى.

---

[1] ينظر: المغنى لابن قدامة جـ١/صـ١٦٤، وشرح منح الجليل على مختصر خليل جـ١/صـ٦٦.

[2] ينظر: المحلى لابن حزم جـ١/صـ٢٢١ تحقيق أحمد محمد شاكر مكتبة دار التراث بالقاهرة.

[3] ينظر: المرجع السابق جـ١/صـ٢٢٢.

الإغمـاء والمســح:

ينتقض المسح على الخف بكل ناقض للوضوء، لأنه بعض الوضوء[1]، وعلى هذا ينقض المسح على الخفين بالإغماء.

الإغمـاء والغســل:

يندب الغسل للإفاقة من الإغماء قال ابن المنذر: ثبت أن النبي - ﷺ - "أغتسل من الإغماء" متفق عليه من حديث عائشة[2].

الإغماء والتيمم:

مذهب الفقهاء أن كل ما ينقض الوضوء والغسل ينقض التيمم، لأنه بدل عنهما وناقض الأصل ناقض لخلفه، وعلى هذا لو فقد شخص الماء وتيمم ثم أغمي عليه فإن الإغماء ينقض التيمم، ولابد من إعادته مرة أخرى[3].

الإغماء والأذان:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يصح الأذان من المغمى عليه، لأن الأذان ذكر معظم، وتأذين المغمى عليه ترك لتعظيمه[4].

---

[1] ينظر: فتح القدير جـ١/صـ١٠٥ وما بعدها، ومغنى المحتاج جـ١/صـ٦٨، والمهذب جـ١/صـ٢٢.
[2] ينظر: نيل الأوطار جـ١/صـ٢٤٣.
[3] ينظر: فتح القدير جـ١/صـ٩١ والشرح الصغير جـ١/صـ١٩٩، ومغنى المحتاج جـ١/صـ١٠١، وكشاف القناع جـ١/صـ١٩٠.
[4] ينظر: بدائع الصانع جـ١/صـ١٥٠، وجواهر الأكليل جـ١/صـ٣٦.

الإغماء والصلاة:

قال الأحناف:

تسقط الصلاة عن المغمى عليه[1] إذا استمر الإغماء أكثر من خمس صلوات، أما إن استمر أقل من ذلك وجب عليه القضاء إذا بقى من الوقت ما يسع اكثر من التحريمه فلو لم يبق من الوقت ما يسع قدر التحريمه لم تجب عليه صلاة ذلك الوقت[2].

وقد اختلف علماء الأحناف فيما يتحقق به امتداد الإغماء فى الصلاة.

قال صاحب كشف الأسرار:

وقت جنس الصلاة يوم وليله، وهو وقت قصير فى نفسه، فتأكدت كثرتها بدخولها فى حد التكرار، وقد وقع خلاف بين العلماء فيما يحصل به التكرار.

فذهب الأمام أبو حنيفة وأبو يوسف – رحمهما الله– إلى أن الامتداد فى الصلاة يحصل بدخول وقت السادسة والزيادة على اليوم والليلة بساعة أقامه للسبب الظاهر وهو الوقت مقام الحكم (وهو الصلاة) تيسير على العباد فى سقوط القضاء، فهما اعتبرا الزيادة على اليوم والليلة بالساعات.

وذهب الأمام محمد: إلى أن التكرار فى الصلوات يحصل بخروج وقت السادسة وصيرورة الصلوات ستا، لأن التكرار

---

[1] بمعنى أنه لا يجب عليه قضاء ما فاته من الصلوات أثناء فترة الإغماء.

[2] ينظر: الدر المختار ورد المختار جـ١/صـ٣٣٠.

يتحقق بذلك، وهنا يكون الأمام محمد اعتبر جنس الصلاة فاشترط تكرارها[1].

وقال الإمام مالك والشافعي:

لا يلزمه قضاء الصلاة إلا أن يفيق فى جزء من وقتها ومن أدلتهم على ذلك:

ما روى عن السيدة عائشة أنها سألت رسول الله - ﷺ - عن الرجل يغمى عليه فيترك الصلاة اليوم واليومين فقال رسول الله - ﷺ -" ليس بشئ من ذلك قضاء إلا أن يغمى عليه فى صلاته فيفيق وهو فى وقتها فيصليها" [2].

وبناء على ماورد عنهما نقول: إن الإغماء إذا زاد عن وقت صلاة واحدة فإنه يكون عذراً مسقط للقضاء أما إذا لم يزدد عن وقت صلاة فإنه لا يسقط ما يفوت بسببه من واجبات[3].

وقال الحنابلة:

يجب القضاء على من تغطى عقله بمرض أو إغماء، لأن ذلك لا يسقط الصوم فكذا الصلاة.

---

[1] ينظر: كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤/ صـ٢٨٠ وما بعدها.

[2] أخرجه البيهقى فى سننه فى كتاب الصلاة باب المغمى عليه يفيق بعد ذهاب الوقت فلا يكون عليه قضائها جـ٢/ صـ٣٨٨ط دار المعرفة بيروت والدارقطنى فى باب الرجل يغمى عليه وقد جاء وقت الصلاة هل يقضى أم لا؟ جـ٢/صـ٨٢، وفى الحديث الحكم بن عبد الله بن سعد الايلى وهو متهم بالوضع كما فى إسناده خارجة بن مصعب وهو ضعيف أيضاً ينظر (التعليق المغنى على ادارقطنى جـ٢/صـ٨٢ والمنتقى شرح موطأ الإمام مالك جـ١/صـ٤ ٢ط دار الكتاب العربى.

[3] ينظر: المجموع شرح المهذب جـ٣/صـ٦ط دار الفكر.

وجاء فى المغنى مع الشرح الكبير: مسألة: والمغمى عليه يقضى جميع الصلوات التى كانت فى حالة إغمائه[1].

ومن أدلتهم على ذلك:

ما روى أن عماراً غشى عليه أياماً لا يصلى ثم استفاق بعد ثلاث فقيل له: هل صليت؟ قال ما صليت منذ ثلاث، فقال أعطونى وضوءاً فتوضأ ثم صلى تلك الليلة" [2].

الإغماء والصوم:

قال الحنفية:

من أغمى عليه فى رمضان لم يقض اليوم الذى حدث فيه الإغماء لوجود الصوم، وهو الإمساك المقرون بالنية، وإذ الظاهر وجودها فيه لأن ظاهر حال المسلم فى ليالى رمضان عدم الخلو عن النية، وقضى ما بعده من الأيام لانعدام النية، وإن أغمى عليه أول ليلة قضاه كله غير يوم تلك النية، لأن ظاهر حال المسلم نية الصوم، ومن أغمى عليه رمضان كله قضاه، لأنه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجا فيصير عذراً فى التأخير لا فى الإسقاط.

وجاء فى بدائع الصنائع: فى شرائط الصوم: أن عامة مشايخ الحنفية على أن الأفاقة واليقظة ليست من شرائط

---

(1) ينظر: المغنى لابن قدامة جـ1/صـ411، 412ط دار الكتاب العربى بيروت.

(2) أخرجه الدارقطنى فى سننة جـ2/ صـ81 وقال بن حزم روينا عن عمار بن ياسر وعطاء ومجاهد وإبراهيم وحماد بن أبى سليمان وقتادة أن المغمى عليه يقضى (ينظر المحلى لابن جزم جـ2/ صـ232ط دار الأفاق الجديدة بيروت.

الوجوب، وعلى هذا يجب الصيام على المغمى عليه لكن أصل الوجوب الأداء بناء على أن عندهم الوجوب نوعان:

أحدهما: أصل الوجوب، وهو اشتغال الذمة بالواجب، وأنه ثبت بالأسباب لا بالخطاب، ولا تشترط القدرة لثبوته بل ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى.

والثاني: وجوب الأداء وهو إسقاط ما فى الذمة وتفريغها من الواجب وأنه ثبت بالخطاب، وتشترط له القدرة على فهم الخطاب، وعلى أداء ما تناوله الخطاب، لأن الخطاب لا يتوجه إلى العاجز عن فهم الخطاب، وعلى عن العاجز عن فعل ما تناوله الخطاب، والمغمى عليه عاجز عن استعمال عقله فى فهم الخطاب وعن أداء ما تناوله الخطاب، فلا يثبت وجوب الأداء فى حقه، ويثبت أصل الوجوب فى حقه، لأنه لا يعتمد القدرة بل يثبت جبرا .... وقال أهل التحقيق من مشايخ الحنفية: إن الوجوب فى الحقيقة نوع واحد وجوب الأداء، فكل من كان من أهل الأداء كان من أهل الوجوب ومن فلا، ولأن الوجوب المعقول هو وجوب الفعل فمن لم يكن من أهل أداء الفعل الواجب، وهو القادر على فهم الخطاب والقادر على فهم ما يتناوله الخطاب لا يكون من أهل الوجوب ضرورة، والمغمى عليه عاجز عن فهم الخطاب بالصوم وعن أدائه، إذ الصوم الشرعى هو الإمساك لله تعالى، ولن يكون ذلك بدون النية، والمغمى عليه ليس من أهل النية فلم يكن من أهل الأداء فلم يكن من أهل الوجوب ... والذى دعا عامة المشايخ إلى القول

بالوجوب فى حق المغمى عليه ما انعقد الإجماع عليه من وجوب القضاء فى حقه بعد الأفاقة بعد مضى الشهر أو كله[١].

وقال المالكية:

لا يصح صوم المغمى عليه مطلقاً، ويجب عليه القضاء إن بقى مغمى عليه يوما فأكثر ، فإن أغمى عليه يسيرا كنصف اليوم فأقل بعد التحريم لم يقض، وإن أغمىَ عليه ليلاً، فأفاق بعد طلوع الفجر فعليه قضاء الصوم لفوات محل النية وهو ليس بعاقل[٢].

وقال الشافعية:

يجب قضاء ما فات بالإغماء، وجاء فى نهاية المحتاج إن الإغماء لا يضر إذا آفاق لحظة فى نهاره أى لحظة كانت اكتفاءاً بالنية مع الأفاقة فى جزء، لأنه فى الاستيلاء على العقل فوق النوم ودون الجنون[٣].

وقال الحنابلة:

لا يصح الصوم من المغمى عليه، وجاء فى المغنى لابن قدامه: من أغمى عليه جميع النهار، فلم يفق فى شئ منه لم يصح صومه ودليلهم: أن الصوم هو الإمساك مع النية، فإن كان مغنى عليه فلا يضاف الإمساك إليه فلم يجزئه، لأن النية أحد ركنى الصوم فلا تجزئ وحدها كالإمساك وحده[٤].

---

[١] ينظر : بدائع الصنائع جـ٢/صـ١٠٠٢، ١٠٠٣.

[٢] ينظر : منح الجليل على مختصر خليل جـ١/صـ٣٩٦.

[٣] ينظر : نهاية المحتاج شرح المنهاج جـ٣/ صـ١٧٦.

[٤] ينظر : المغنى لابن قدامه جـ٣/ صـ١١٥.

ومن خلال ما ورد عن لفقهاء نستطيع أن نقول: إن الإغماء يوجب القضاء بالاتفاق ويصح صوم المغمى عليه عند الشافعية والحنابلة إن آفاق لحظة من النهار فإن أطبق الإغماء جميع النهار لم يصح الصوم، ويصح صوم المغمى عليه مطلقاً عند الحنفية، ولا يصح صومه عند المالكية إلا إذا أغمى عليه يسيرا كنصف اليوم فأقل.

ولم يخالف فى ذلك إلا الأمام الحسن البصرى - ﷺ - حيث ذهب إلى القوم بعدم وجوب القضاء على المغمى عليه.

دليلـــه:

أن سبب وجوب الأداء لم يتجقق فى حق المغمى عليه لزواله بالإغماء ووجوب القضاء يبتنى عليه.

وقد رد الحنفية على ما ذهب إليه الحسن البصرى فقالوا: إن الإغماء عذر فى تأخير الصوم إلى زواله لا فى إسقاطه، لأن سقوطه بزوال الأهلية أو الحرج، ولا تزول الأهلية بــه، ولا يتحقق الحرج به أيضاً، لأنه إنما يتحقق فيما يكثر وجوده، وامتداده فى حق الصوم نادر، لأنه مانع من الأكل والشرب، وحياة الإنسان شهرا بدونهما لا تتحقق إلا نادراً فلا يصلح لبناء الحكم عليه، بخلاف الإغماء فى الصلاة فإن امتداده فيها غير نادر فيوجب حرجا فيجب اعتباره، لأن الأحكام تبنى على ما عم وغلب لا عى ما شذ وندر[1].

---

[1] ينظر: عوارض الأهلية أ.د/ صبرى معارك صــ٢٢٨، ٢٢٩.

الإغمـــاء والاعتكـــاف

قال الحنفيـة: يبطـل الاعتكـاف إذا أغمـى علـى المتعكـف أيامـا، ويقضيه فى الإغماء دون الجنون[1].

قال المالكيــة: إن مرضِ المعتكف مرضاً يمنعه مـن المكث فـى المسجد أو من الصوم دون المكث فى المسجد أو جـن أو أغمـى عليه خرج إلى بيته[2].

وقال الشافعيــة: ولا يصح اعتكاف المغمى عليه فى الابتداء، أما لو طرأ عليه فى أثناء اعتكافه فإنه لا يبطل، ويحسـب زمنـه مـن اعتكافه[3].

وقال الحنابلــة: لا يبطل الاعتكاف بالإغماء كما لا يبطـل بـالنوم بجامع بقاء التكليف[4].

الإغمـــاء والزكـــاة:

قال الأحناف: لا تجب الزكاة على المغمى عليه لو استمر الإغماء الحول أو أكثر لأنه غير مخاطب وقت الإغماء[5] وذهب جمهور العلماء إلى أن الإغماء لا يؤدى إلى سقوط الزكـاة حتـى لـو كـان ممتـداً بـأن اسـتغرق الحـول أو أكـثره، لأن امتـداده فـى الزكاة أمر نادر فلا يبنى عليه السقوط، لأن الأحكام تبنى على ما عم وغلب دون ما شذ وندر[6].

---

[1] ينظر: رد المختار على الدر المختار جـ٢/ صــ١٣٦.
[2] ينظر: الفواكه الدوانى جـ١/ صــ٣٧٤.
[3] ينظر: مغنى المحتاج شرح المنهاج جـ١/ صــ١٩٦.
[4] ينظر: المغنى لابن قدامه جـ٣/ صــ١٩٦.
[5] ينظر: فتح القدير جـ١/ صــ٤٨١ واللباب جـ١/ صــ١٤٠.
[6] ينظر: التوضيح لمتن التنقيح جـ٢/ صــ١٦٩.

الإغمـاء والحـج:

لا يبطل الإحرام بالإغماء كالصوم وهذا باتفاق العلماء ولا يجوز الإحرام عن المغمى عليه عند الشافعية والمالكية والحنابلة[1].

الإغماء والحلف:

اتفق العلماء على أنه لا تصح يمين المغمى عليه، لأن من شروط صحة اليمين بالله تعالى أن يكون الحالف قاصداً إلى اليمين، والقصد بالنسبة للمغمى عليه غير متصور، لأن الإغماء يبطل الاختيار والإرادة، وذلك لانعدام التمييز فى حالة الإغماء، فلا تصح عبارة المغمى عليه فيما يعتبر فيه القصد والاختيار حتى أن كلامه يصير بمنزلة الحان الطيور[2].

الإغماء والطلاق:

لا يصح طلاق المغمى عليه وهذا باتفاق العلماء، والدليل على ذلك قوله - ﷺ - "لا طلاق فى إغلاق"[3].

وجـه الدلالـة:

هو أن المراد من الإغلاق كل ما يسد باب الإدراك والقصد والوعى والإغماء يتحقق به هذا ومن ثم لا يقع طلاق

---

(1) ينظر: فتح القدير جـ٢/ صـ١٢٠ وما بعدها والمجموع جـ٧/ صـ١٧-٢٥ والمغنى جـ٣/ صـ٢١٨.

(2) ينظر: حاشية الأزميرى على مرآة الأصول جـ٢/ صـ٤٤٠ وكشف الأسرار عن أصول البزدوى جـ٤/ صـ٢٧٨.

(3) رواه الأمام أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة ينظر: نيل الأوطار جـ٦/ صـ٢٣٥ ونصب الراية جـ٣/ صـ٢٢٣.

عليه كما أن الطلاق تصرف يحتاج إلى إدراك كامل وعقل وافر وهذا لا يتوافر فى حق المغمى عليه[1].

الإغمـــاء والرجعــة:

قال الأحناف تصح الرجعة من المغمـى عليـه قياسـاً علـى المجنـون الـذى يتولـى عنـه وليـه حتـى لا يفـوت حقـه بإنقضـاء العدة[2].

وقال الجمهور لا تصح الرجعة من المغمى عليه لأن مـن شـروط صحـة الرجعـة عندهـم أن يكـون المرتجـع أهـلاً لـلزواج بنفسـه وذلـك بـأن يكـون عـاقلاً مختـاراً وهـذا غـير متحقـق مـع الإغمـاء، لأن الإغمـاء ينـافى الاختيـار[3] والـرأى الارجـح فـى نظرنـا هو رأى الجمهور لقوة أدلته من ناحية العقل.

الإغماء والظهـار:

لا يصح ظهار المغمى عليـه لأنـه يترتب عليه التحريـم، وهو ليس من أهل خطـاب التحريم وهذا باتفاق العلمـاء[4].

---

[1] ينظر: فتح القدير جـ٣/ صـ٢١، وبدائـع الصنـائع جـ٣/ صـ٩٩، بداية المجتهد جـ٢/ صـ٨١، والشرح الصغير جـ٢/ صـ٥٢٦ ومغنى المحتـاج جـ٣/ صـ٢٧٩ وكشاف القناع جـ٥/ صـ٢٦٢.

[2] ينظر: بدائع الصنائع جـ٣/ صـ١٨٣.

[3] ينظر: مغنى المحتاج جـ٣/ صـ٢٧١ والمهذب جـ٢/ صـ١٠٢ وكشـاف القنـاع جـ٥/ صـ٣٩٣.

[4] ينظر: بدائع الصنائع جـ٣/ صـ٢٣٠، الشـرح الصغير جـ٢/ صـ٦٣٧ والمغنـى جـ٧/ صـ٣٣٨، المهذب جـ٢/ صـ١١٨.

الإغمــاء والايـــلاء:

لا يصح إيلاء المغمى عليه عنـد جمهور العلمـاء لأنـه لا يمكنه الجماع فى فترة الإغماء فلا يملك الإيلاء[1].

تنبيـــــه:

مما يجدر الإشارة إليه هنا أن الفقهاء قد اجمعـوا علـى أن كل ما كان من الأقوال يبنى على الإرادة والاختيار فلا يصح من المغمى عليه، وذلك قياساً على النائم[2] فلم يعتبر، بيعه وشراؤه وعتقه وهبتــه وزواجـه، وأعارتـه، ووكالتـه، وكفالتـه، وحوالتـه، ورهنه وخلعه، ولعانه[3] ووصيته[4]، ووقفه،وإبـــراؤه.

وغيرها مما يبنى علـى القصد والاختيـار والتمييز وممـا يـدل علـى هـذا الإجمـاع مـا ورد عـن الفقهـاء مـن أنهـم أحيانــاً يذكرون بيع النائم ويلحقون به بيع المغمى عليه، وأحياناً يذكرون

---

[1] ينظر: بدائع الصنائع جـ٣/ صـ١٧١، المهذب جـ٢/ صـ١٠٥، والمغنى جـ٧/ صـ٢٩٨.

[2] وجه القياس: أن كلا منهما من عوارض الأهلية يفوت به الاختيار والقوة والإغماء أشد فى العارضية من النوم لأن النوم فترة أصلية أى طبيعة بحيث لا يخلو الإنسان عنه فى حالة صحته فمن هذه الوجه يختل كونـه عارضـاً وإن تحققت العارضيـة فيـه باعتبار أنه زائد على معنى الإنسانية، وهو لا يزيل أصل القوى وإن أوجب العجز عن استعمالها، ويمكن ازالته بالتنبيه، أما الإغماء فهو عارض من كل وجه لأن الإنسان قد يخلو عنه مدة حياته فكان أقوى من النوم فى العارضية كما أنه ينافى القوة أصــلاً، لأن حقيقته مرض يزيل القوى، ولهذا لا يمكن إزالته بفعل أحد بخلاف النوم، لأنـه عجـز عن استعمال القـوى مـع وجودهـا ولهـذا يـزول بالتنبيـه (ينظـر: كشـف الأسـرار جـ٤/صـ٢٨٠) بدائع الصنائع جـ٣/ صـ٢٣٠ والشـرح الصغير جـ٢/٦٣٧ والمغنى جـ٧/ ٣٣٨ والمهذب جـ٢/٢١٨.

[3] ينظر: المجموع شرح المهذب جـ٢/ صـ١١٨ طبعة دار الفكر بيروت.

[4] ينظر: بدائع الصنائع جـ٧/ صـ٢٣٤، بداية المجتهد جـ٢/ صـ٣٢٨.

بيع المغمى عليه ويلحقون به بيع النائم وهذا هو ما يستفاد من كلامهم - كما نبهنا إلى ذلك فيما سبق-.

فقال الإمام الدردير فى شروط صحة البيع:

وشروط صحة عقد عاقده (أى البيع) تمييز بأن يكون إذا تكلم بشئ من مقاصد العقلاء فهمه، واحسن الجواب عنه، فلا ينعقد من غير مميز لصغر أو إغماء أو جنون ولو من أحدهما[1].

وقال الأمام النووى: فى حديثه عمن يصح بيعه، وأما المجنون فلا يصح بيعه وكذا المغمى عليه[2].

وذكر الأمام السيوطى - رحمه الله تعالى - فى الأشباه والنظائر ما يشترك بينهما فقال إن ما يشتركون فيه عدم صحة مباشرة العبادة والبيع والشراء وجميع التصرفات من العقود، والفسوخ كالطلاق والعتق وفى غرامة المتلفات وارش الجنايات[3].

الإغماء والإقرار بالزنا أو السرقة أو الشرب أو غيرها:

اشترط الفقهاء لصحة الإقرار بالزنا أو السرقة أوالشرب أو غيرها الصحو فى الإقرار فلو أقر الشخص وهو مغمى عليه أو سكران لا يصح إقراره[4] فلا يقام عليه الحد، لأن الإغماء شبهة يندرئ بها الحد.

---

(1) ينظر: الشرح الكبير جـ٣/ صـ٥ك بيروت والخرشى على مختصر خليل جـ٥/صـ٨.

(2) ينظر: المجموع شرح المهذب جـ٢/ صـ١١٨ط بيروت دار الفكر بيروت.

(3) ينظر: الاشباه والنظائر للسيوطى صـ٢١٥.

(4) ينظر: الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور/ وهبه الزحيلى جـ٦/ صـ٥٥.

الإغمـــاء وضمـــان المتلفـــات:

يؤاخذ المغمى عليه بأفعاله من حيث الضمـان المـالى فـى حقوق العباد فلو انقلب المغمى عليه على مال للغير فأتلفه وجـب عليه الضمان وذلك صيانة لحقوق العباد[1].

الإغماء والقصـــاص:

لو انقلب المغمى عليه على إنسان فقتله فلا قصاص عليـه عند جمهور الفقهـاء، لأنـه يشـترط فـى القـاتل الـذى يقتـص منـه شروط منها: أن يكون القاتل مكلفاً (أى بالغاً عاقلاً) فلا قصـــاص ولا حد على الصبى أوالمجنون، لأن القصاص عقوبة وهما ليسـا من أهل العقوبة، ولأنها لا تجب إلا بالجناية، وفعلهما لا يوصـف بالجناية، ومثلهما زائل العقـل بسبب عـذر فيـه كالنـائم والمغمـى عليـه ونحوهمـا، ولأن هـؤلاء ليس لهم قصـد صحيـح واختيـار وإرادة مما تبنى عليه العقوبة البدنية[2].

ويعتبر فعله هذا فى حكم القتل الخطأ وهو قاتل خطأ، ومن ثم تجب عليه الدية فى مال عاقلته إن كـانت لـه عاقلـة وإلا فالدية فى ماله، كما تجب عليه الكفارة.

وإذا وقع المغمى عليه على والده فقتله:

فذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلـى أنه يحرم من الميراث وهذا علـى الراجـح عندهم. والسـبب فـى

---

[1] ينظر: عوارض الأهلية عند الأصوليين أ.د/ محمد صبرى محمد عبـد اللـه معـارك صـ٢٣٠.

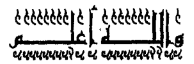
[2] ينظـر: بدائـع الصنـائع جـ٧/ صـ٢٣٤، والشـرح الكبيـر جـ٤/صـ٢٤٢ وبدايــة المجتهد جـ٢/صـ٣٨٢، والمغنى جـ٣/صـ٦١٤.

حرمانه من الميراث: أن سقوطه على والده كان سبباً فى موته ومباشرة جسمه إياه بمنزلة قتله، فيحرم كما لو كان مستيقظا وجاء فى المبسوط للسرخسي: أن القاتل بغير حق لا يرث من المقتول شيئاً سواء قتله عمداً، أو خطأ، وكذا كل قاتل هو فى معنى الخاطئ كالنائم أو المغمى عليه إذا انقلب على مورثه، لتوهم أنه كان يتناوم وقد قصد استعجال الميراث[1].

ولا يعتبر فعله هذا فى جانب الإثم لعدم تحقق القصد منه ولأن المؤاخذة تستلزم اليقظة وهى منعدمة فى المغمى عليه[2].

تتمـــــه:

مما تجدر الإشارة إليه فى هذا البحث أن الأحكام السابق ذكرها تتعلق بالإغماء الذى ليس للمغمى عليه إرادة واختيار فيه، أما إذا حصل الإغماء بإرادته كمن يغمى عليه تحت تناول مخدر أو دواء فإنه محل خلاف بين العلماء حيث ذهب البعض إلى أنه لا يوجب سقوط العبادات عن المغمى عليه وذهب البعض الآخر إلى أنه يؤدى إلى سقوط القضاء عن المغمى عليه[3].



(1) ينظر: المبسوط للسرخسي جـ٣٠/ صـ٤٧، والمغنى لابن قدامة جـ٧/صـ١٦٢ والانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ٧/صـ٣٦٨، وروضة الطالبين جـ٢/صـ٣١، وكشاف القناع جـ٤/صـ٤٩٢.

(2) ينظر: تيسير التحرير جـ٢/صـ٢٦٥ وما بعدها، وفتح الغفار بشرح المنار جـ٣/صـ٨٩ مرآة الأصول صـ٣٢١.

(3) ينظر: التقرير والتحبير جـ٢/صـ١٧٩، وتيسير التحرير جـ٢/ صـ٦٧.

أهــم مراجــع البحث

أولاً: القــرآن الكريــم

ثانيــا: كتب التفسيــر

(١) كلمات القــرآن:

للشيخ حسنين مخلوف ط مصطفى الحلبى.

ثالثــاً: كتب السنــه

(٢) جـامع الأصـول:

لأبن الأثير الجزرى ط السنة المحمدية.

(٣) سنن النسائى:

للإمام أبى عبد الرحمن بن شعيب النسائى المتوفى سنة ٣٠٣هـ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٤) سنن البيهقى الكبرى:

للإمام أحمد بن الحسين البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ ط دار المعرفة بيروت.

(٥) سنن الدارقطنى:

لعلى بن عمر الدارقطنى المتوفى سنة ٣٨٥هـ.

(٦) شـرح الموطـأ:

للإمام مالك ط دار الكتاب العربى بيروت لبنان.

(٧) صحيح البخـارى:

للإمام محمد بن إسماعيل البخارى ط مطابع الشعب.

(٨) صحيح مسلم:

للإمام مسلم بن حجاج القشيرى المتوفى سنة ٢٦١هـ ط دار الفكر بيروت سنة ١٤٠١هـ.

(٩) مختصر سنن أبى داود:

للإمام عبد العظيم بن عبد القوى الشهير بالحافظ المنذر المتوفى سنة ٦٥٦هـ ط مكتبة السنة المحمدية تحقيق محمد الفقى.

(١٠) نيل الأوطار:

للإمام محمد بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ ط وهو شرح كتاب منتقى الأخبار للإمام أبى البركات مجد الدين بن عبد السلام الحرابى المعروف بابن تيمية ط دار الفكر بيروت.

رابعاً: كتب الأصول

(١١) أصول السرخسى:

لأبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٩٠هـ ط دار المعرفة بيروت.

(١٢) التقرير والتحبير على متن التحرير:

لأبن أمير الحاج المتوفى سنة ٨٧٩هـ ط دار الكتب العلمية بيروت، وط الأميرية سنة ١٣١٦هـ.

(١٣) التوضيح لمتن التنقيح:

للإمام صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المتوفى سنة ٧٤٧هـ ط صبيح.

(١٤) تيسير التحرير:

لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفى شرح كتاب مختصر التحرير لكمال الدين بن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ ط مصطفى الحلبى.

(١٥) حاشية الأزميرى على مرآة الأصول المسمى بمرآة الأصول:

للعلامة منلا خسروط الأميرية ببولاق سنة ١٢٥٨هـ.

(١٦) حاشية الرهاوى:

للشيخ يحيى الرهاوى على شرح ابن ملك على نور الأنوار.

(١٧) شرح منار الأنوار:

للمولى عبد اللطيف الشهير بابن مَلك ط العثمانية سنة ١٣١٦هـ.

(١٨) فتح الغفار:

بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار فى أصول المنار لابن نجيم الحنفى ط مصطفى الحلبى.

(١٩) كشف الأسرار عن أصول البزدوى:

للإمام علاء الدين بن عبد العزيز أحمد البخارى ط دار الكتاب العربى بيروت.

<u>مراجع حديثة:</u>

(٢٠) أصول الفقه للشيخ محمد أبى زهره.

(٢١) الإكراه وأثره على الأحكام الشرعية أ.د/ عبد الفتاح الشيخ

(٢٢) الأهلية وعوارضها للشيخ أحمد إبراهيم.

(٢٣) عوارض الأهلية عند الأصوليين أ.د/صبرى محمد عبد الله معارك.

خامساً: كتب الفقه

(أ) الفقه الحنفي:

(٢٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع:

للفقيه علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ ط بيروت لبنان.

(٢٥) الدر المختار شرح تنوير الأبصار:

لـ محمد علاء الدين الحصكفى وهو بأعلى حاشية رد المختار لابن عابدين ط الحلبى.

(٢٦) شرح فتح القدير:

للأمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ ط الحلبى.

(٢٧) المبسوط للسرخسي:

لشمس الدين أبى بكر محمد بن سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٨٣هـ ط دار المعرفة بيروت.

ب- الفقه المالكي:

(٢٨) بداية المجتهد ونهاية المقتصد:

لأبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفى فى سنة ٥٩٥هـ ط دار المعرفة بيروت.

(٢٩) الشرح الصغير:

لأحمد بن محمد الدردير، وهو بهامش بلغة السالك ط دار المعرفة بيروت لبنان.

(٣٠) الشرح الكبير:

لأبى البركات أحمد الدردير، وهو بهامش حاشية الدسوقى ط بيروت.

(٣١) **شرح منح الجليل على مختصر خليل:**

ط عيسى البابى الحلبى وشركاه.

(٣٢) **الفواكه الدوانى:**

شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوى ط مصطفى الحلبى الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

جـ- الفقه الشافعي:

(٣٣) **الأشباه والنظائر (وهو من كتب قواعد الفقه):**

للأمام جلال الدين السيوطي ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٣٤) **المجموع شرح المهذب:**

للأمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ ط دار الفكر بيروت.

(٣٥) **مغنى المحتاج شرح المنهاج:**

للشيخ محمد الشربينى الخطيب ط مصطفى الحلبى سنة ١٣٧٧هـ.

(٣٦) **المهذب:**

لأبى إسحاق إبراهيم بن على يوسف الفيروز آبادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ ط مصطفى الحلبى.

د- الفقه الحنبلي:

(٣٧) **الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف:**

لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان آلمرداوى المتوفى سنة ٨٥٥هـ تحقيق محمد حماده الفقى ط دار التراث العربى بيروت.

(٣٨) **كشاف القناع عن متن الأقناع:**

لمنصور بن أدريس البهوتى ط عالم الكتب بيروت.

(٣٩) المغنى:
للإمام أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ على مختصر أبى القاسم عمر بن الحسين الخرقى ط بيروت.

هـ- الفقه الظاهرى:

(٤٠) المحلى:
للإمام أبى محمد بن على أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٦٥٦هـ ط دار الفكر بيروت.

المراجع الحديثة

(٤١) الفقه الإسلامى وأدلته أ.د/ وهبه الزحيلى.

سادساً: كتب اللغة:

(٤٢) الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهرى ط الثالثة سنة ١٤٠٢هـ.
(٤٣) الفروق اللغوية لأبى هلال العسكرى ط دار الكتب العلمية بيروت.
(٤٤) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى ط دار المأمون بمصر.
(٤٥) المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للفيومى ط المكتبة العلمية بيروت.
(٤٦) المعجم الوسيط إعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة ط دار المعارف ١٤٠٠هـ.

تمت المراجع

فهرس الموضوعات



كلية الشريعة والقانون بأسيوط

الأمر عند الأصوليين

إعداد

د./ منتصر محمد عبد الشافي محمود
مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر بأسيوط

١٤١٩هـ - ١٩٩٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

﴿ الحمد لله الذى أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً ۞ قيما لينذر بأسا شديدا من لدنه ويبشر المؤمنين الذين يعملون الصالحات أن لهم أجراً حسناً ﴾[1].

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله شهادة تبعدنى عن الخطأ والزلل، وتقربنى إلى الطاعة والمغفرة والرضوان.

وأصلى وأسلم على سيدنا محمد الذى لم ينطق إلا بالحكمة ولم يتكلم إلا بالتى هى أحسن، فكان قوله هدى ونوراً **﴿ وما ينطق عن الهوى ۞ إن هو إلا وحى يوحى ۞ علمه شديد القوى ﴾**[2] هدانا الله به إلى الحق وإلى الطريق المستقيم، فصلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعـــد:

فإن الرسول - ﷺ - يقول (العلماء ورثة الأنبياء وإن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ورثوا العلم فمن أخذه أخذ بحظ وافر)[3].

---

(1) سورة الكهف، الآيتين/ ١، ٢.

(2) سورة النجم، الآيات/ ٣، ٤، ٥.

(3) رواه أبو داود وابن ماجة والدارمى عن رجل من أصحاب رسول الله - ﷺ - عندما جاء يطلب حديثاً من أبى الدرداء - سنن أبى داود - كتاب العلم- باب الحث على طلب العلم جـ٣ ص ٣١٧ سنن ابن ماجة - مقدمة- باب فضل العلماء والحث

فالتركة التي ورثها الرسول - ﷺ - للعلماء جديرة بالعناية والتعظيم، لأنها طريقة السيادة في الدنيا، والسعادة في الآخرة، وعلم أصول الفقه في الذروة منها، لأنه يسدد الباحث في الوصول إلى أحكام الشريعة، ويعينه على الوصول إلى الحقيقة، فهو القانون العاصم -بعد الله- الذى يعصم عن الخطأ في فهم مراد الشارع سبحانه وتعالى ويؤهله لحسن التلقى عن الله سبحانه.

وهذا العلم من العلوم التى انفرد بها المسلمون، فلا تجد له مثيلاً عند أمم الأرض قاطبة لا فى القديم ولا فى الحديث.

ومن أهم مباحث أصول الفقه: الأمر والنهى، فعليهما مدار الأحكام إذ الحكم التكليفى المصطلح عليه عند علماء الأصول هو: خطاب الله الطالب للفعل أو الترك، أو المخير بينهما، وطلب الفعل يعبر عنه بالأمر، وطلب الترك يعبر عنه بالنهى.

والأمر والنهى حق الله تعالى على جميع المكلفين، وحق الله تعالى لا خيرة فيه للمكلف.

فإذا وقع الأمر والنهى شرعاً لم يصح تخلفهما عقلاً، وإلا كان افتياتا على الله تعالى، وإهدارا للشريعة بالكلية[1].

يقول الإمام السرخسى: ومعظم الابتلاء بهما -يعنى بالأمر والنهى- وبمعرفتهما تتم معرفة الأحكام، ويتميز الحلال من الحرام[2].

على طلب العلم جـ١ ص ٨١، سنن الدارمى - مقدمة - باب فضل العلم والعالم جـ١ ص ٩٨.

[1] الموافقات فى أصول الشريعة للإمام الشاطبى جـ٢ ص ٣١٧- ٣١٨، دار المعرفة بيروت - لبنان.

ويقول الإمام سراج الدين الهندى: تُقدم مباحث الأمر على سائر المباحث، لكونه أهم لأن معظم التكاليف ثبتت بالأمر، فهو أشرف إذ الإيمان والعبادات ثابتان به، والشرف من أسباب التقديم، أو لأن الوجوب أسبق من سائر الأحكام، إذ أول تكليف يتوجه إلى المكلف .... إذ الموجودات كلها وجدت بخطاب كن على ما هو المختار[1].

ولهذه الأهمية، ولكون الأحكام الشرعية المبنية على طلب الفعل "الأمر" تشكل جزءاً كبيراً من شريعة الله تعالى الباقية إلى يوم القيامة، قمت بالكتابة مستعيناً بالله فى موضوع الأمر عند الأصوليين، تكلمت فيه عن الأمر وما يتعلق به من المسائل، وما ينبنى عليه من الأحكام، وقد خططت لموضوعى هذا فجعلته فى مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة.

المقدمة: فى أهمية الموضوع وخطته.

الفصل الأول: فى لفظ الأمر.

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: فى أقوال العلماء فيما وضع له لفظ "أمر"

المبحث الثانى: فى تعريف الأمر.

المبحث الثالث: هل يكون الأمر حقيقة فى غير القول الطالب للفعل؟

الفصل الثانى: فى صيغة الأمر.

وفيه سبعة مباحث

---

(٢) أصول السرخسى جـ١ ص ١١- طبعة أولى سنة ١٩٩٣م دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، التلويح على التوضيح جـ١ ص ١٤٩، مطبعة محمد على صبيح.

(١) الأوامر من شرح السراج الهندى على المغنى فى أصول الفقه للخبازى ص ١٦، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بالقاهرة سنة ١٩٩٠م.

المبحث الأول: فيما تستعمل فيه صيغة الأمر.
المبحث الثانى: فيما تفيده صيغة الأمر حقيقة.
المبحث الثالث: فيما يفيده الأمر بعد التحريم، وما يفيده النهى بعد الوجوب.
البحث الرابع: فيما يدل عليه الأمر المطلق من المرة أو التكرار.
المبحث الخامس: فيما يفيده الأمر المعلق بشرط أو صفة.
المبحث السادس: هل الأمر المطلق يفيد الفور أو التراخى؟
المبحث السابع: الأمر بالشئ هل هو نهى عن ضده؟
الفصل الثالث: فى مباحث متعلقة بالأمر.
وفيه أربعة مباحث:
المبحث الأول: هل الأمر بالشئ أمر بذلك الشئ من الآمر الأول؟
المبحث الثانى: هل الأمر بالماهية المطلقة أمر بجزيئاتها؟
المبحث الثالث: هل الأمران المتعاقبان للتأكيد؟
المبحث الرابع: الإتيان بالمأمور به هل يقتضى الإجزاء؟
الخاتمة: فى أهم نتائج البحث.

والله الموفق والمعين

دكتور
منتصر محمد عبد الشافى

الفصل الأول

لفظ الأمـــــر

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

أقوال العلماء فيما وضع له لفظ "أمـــــــر"

لفظ أمـر مكـون مـن حـروف ثلاثـة هـى الألـف، والميـم، والراء، وقد اختلف العلماء فى مدلوله لغة على ثلاثة أقوال:

القول الأول للجمهور، وهو المختار للإمام البيضاوى: أن مدلول الأمر لغة: هو القول الطالب للفعل مطلقاً[1]، سواء صـدر هـذا الأمـر مـن الأعلـى للأدنـى، كـأوامر اللـه تعـالى ورسوله - ﷺ - ، وأوامر رئيس الدولة للرعية، فإن اللـه تعـالى يعلو عن الخلق لأنه خـالق، والرسـول أعلـى مـن أمتـه، ورئيس الدولة أعلى من الرعية ولهذا يقولون: الأمر الصادر مـن رئيس الدولة برقم كذا. أم كان صادراً من الأدنى إلـى الأعلـى، أم كـان صادراً من المساوى. فكل هذا يسمى أمراً فى اللغـة، وإن خـصَّ العرف الأمر الصادر من الأدنى إلـى الأعلـى بالسـؤال، والأمـر المساوى بالالتماس، فهذا اصطلاح عرفـى، وكلامنـا فـى مسـمى

---

[1] المنهاج للإمام البيضاوى جـ٢ ص ٣، مطبعة محمد على صبيح، البحـر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٣٤٧– طبعة ثانية سنة ١٩٩٢م– دار الصفوة للطباعة والنشر بالغردقة، تيسير التحرير لمحمد أمين جـ١ ص ٣٣٨ طبعة دار الفكر، إرشاد الفحول للشوكانى ص ٩٣ طبعة أولى مطبعة مصطفى الحلبى.

الأمر اللغوى، فإنه أمر على كل حال، لأن فقهاء اللغة لم يفرقوا فى وضع لفظ الأمر على مسماه التى هى صيغة: افعل، بين صدوره من الأعلى رتبة أو من الأدنى، أو من المساوى.

واستدلوا على ذلك:

بأن لفظ الأمر قد استعمل فى القول الطالب للفعل مع العلو ومع الاستعلاء، ومجردا عنهما، والأصل فى الاستعمال الحقيقة فكان لفظ الأمر حقيقة فى الجميع.

فمثال استعماله فى العلو: قوله سبحانه وتعالى: **﴿ وأمر أهلك بالصلاة واصطبر عليها ﴾**[1]، وقول النبى - ﷺ - (مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر)[2].

ففى الآية أمر صادر من الله سبحانه وتعالى والعلو فى ذلك ظاهر واضح، وهو أنه خالق لعباده، وفى الحديث، الأمر موجه من الرسول - ﷺ - لأمته، ولا شك أن الأنبياء أعلى رتبة ممن دونهم من الأمم، فالعلو محقق فيهما.

ومثال استعماله فى الاستعلاء: أن يقول لمن هو أعلى منه فى المرتبة "أمرتك بكذا".

ومثال استعماله مجردا عن ذلك: قوله سبحانه وتعالى حكاية عن فرعون **﴿ يريد أن يخرجكم من أرضكم بسحره فماذا تأمرون﴾**[3].

---

(1) سورة طه، من الآية/ ١٣٢.

(2) رواه الإمام أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. سنن أبى داود- كتاب الصلاة- باب متى يؤمر الغلام بالصلاة- جـ١ ص ١٣٣ طبع ونشر دار إحياء السنة النبوية.

فالآية سمَّت ما صدر من قوم فرعون لفرعون في معرض المشورة أمرا، مع أن قوم فرعون أقل رتبة من فرعون، وفى الوقت نفسه يبعد أن يظهروا الاستعلاء عليه فى وقت المشورة، لأنه كان يستشيرهم حينما تحير فى أمر سيدنا موسى - عليه السلام -.

فقد وجد الأمر هنا من غير علو ولا استعلاء، حيث أطلقت الآية الكريمة علىقولهم أمراً من غير اشتراط علو ولا استعلاء، فدل على أنه حقيقة فى القول المطلق[1].

القول الثانى:

لأكثر المعتزلة وبعض الأشاعرة كأبى إسحاق الشيرازى: أن مدلول الأمر لغة: هو القول الطالب للفعل بشرط صدوره ممن هو أعلى رتبة لمن هو دونه فى الرتبة[2].

فإن صدر القول من الأدنى رتبة لمن هو أعلى منه أو صدر من المساوى لا يكون أمراً، بل إن صدر من الأدنى للأعلى فهو دعاء، وإن صدر من المساوى فهو التماس.

---

[3] سورة الشعراء، آية ٣٥.

[1] نهاية السول دجـ٢ ص ٨ - مطبعة محمد على صبيح- تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٨.

[2] اللمع فى أصول الفقه للشيرازى ص ٧ - مطبعة مصطفى الحلبى، التبصرة فى أصول الفقه للشيرازى ص ١٧- طبعة سنة ١٩٨٠م دار الفكر دمشق، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٤٧، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٨.

واستدلوا على ذلك:

بأن لفظ الأمر لو كان حقيقة فى القول الطالب للفعل إذا صدر من الأدنى للأعلى لما ذم أهل العرف من قال لمن هو أعلى رتبة "أمرتك بكذا" لكونه تكلم بلفظ مستعمل فى معناه الذى وضع اللفظ له، لكن أهل العرف يذمون من قال هذا القول ويلمونه عليه، فلزم من ذلك أن يكون لفظ الأمر غير حقيقة فى هذا القول، ولزم أن يكون العلو معتبراً فى حقيقته، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأننا لا نسلم أن الأمر من الأدنى إلى الأعلى ليس أمراً، ولا يسمى بهذا، إنما هو أمر لأننا نعرف الأمر بمدلوله اللغوى مجراً من القرائن، والتضرع بالاتماس والدعاء ونحو ذلك، إنما فهم بالقرينة. وأما ذم العقلاء للأدنى إذا صدر منه أمر لما هو أعلى منه إنما هو دليل لنا، لا علينا، لأن الذم مترتب على الأمر الذى فهموه من القول، لأنه فى ذاته وبوضعه أمر والذم دليل على أنه حقيقة فى القول، لأنه فى ذاته وبوضعه أمر والذم دليل على أنه حقيقة فى القول المطلق، فترتب الذم على أمر خارج من وضع الأمر ومدلوله، وهو طريقة الأمر وأداؤه فكان ينبغى أن يتلطف فى قوله.

وبالإضافة إلى ذلك لو اشترط العلو فى حقيقة الأمر لانتفى الأمر عند انتفائه، ضرورة أن المشروط ينتفى عند انتفاء شرطه، لكن الأمر لم ينتف عند انتفاء العلو، فقد أطلق عمرو بن

العاص على مشورته ونصحه لأمير المؤمنين معاوية بن أبى سفيان، أمراً، مع أن عمراً من الرعية، فهو أدنى مرتبة من أمير المؤمنين، وذلك حين أشار عليه بقتل ابن هاشم فتركه معاوية وخرج عليه مرة أخرى فقال:

أمرتك أمراً جازماً فعصيتنى   وكان من التوفيق قتل ابن هاشم[1]

القول الثالث:

لأبى الحسين البصرى، واختاره الآمدى وابن الحاجب والإمام الرازى: أن مدلول الأمر لغة: هو القول الطالب للفعل مع الاستعلاء[2].

والفرق بين العلو الذى اشترطه أكثر المعتزلة وبين الاستعلاء الذى اشترطه أبو الحسين البصرى ومن وافقه: أن العلو معناه أن الآمر أعلى رتبة من المأمور فى الواقع ونفس الأمر.

أما الاستعلاء فمعناه: أن الآمر فرض نفسه أعلى رتبة من المأمور، ولم يكن كذلك فى واقع الأمر، وقد يدرك ذلك من تعبيره وأدائه، بأن يكون بصوت مرتفع مع غلظة فيه.

---

[1] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٨، شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع جـ١ ص ٤٦٦ دار الكتب العلمية بيروت.

[2] المعتمد لأبى الحسين البصرى جـ١ ص ٤٣ طبعة أولى سنة ١٩٨٣م- دار الكتب العلمية بيروت، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٣٠ طبعة سنة ١٩٦٧م دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٧٧- مطبعة الفجالة الجديدة بالقاهرة، المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ١٩٠ طبعة أولى سنة ١٩٨٨م دار الكتب العلمية بيروت.

ومما تقدم يظهر لنا: أن العلو هيئة ترجع إلى الآمر أى الشخص المتكلم، أما الاستعلاء: فإنه هيئة ترجع إلى الكلام والنطق به[1].

واستدل أبو الحسين البصرى ومن وافقه: بأن الأمر إذا صدر مع الخضوع والتذلل لا يعتبر قائله أمراً بخلاف ما إذا صدر من المستعلى فإنه يسمى أمراً، ولذلك يذمون من صدر منه الأمر مع الاستعلاء دون من صدر منه الأمر مع التذلل والخضوع، فكان الاستعلاء شرطاً فى الأمر، وهو المطلوب والمدعى[2].

وقد نوقش هذا بما نوقش به دليل المعتزلة السابق، فلا داعى لتكراره.

والقول الراجح هو قول الجمهور: من أن الأمر القول الطالب للفعل مطلقاً، من غير اشتراط العلو ولا الاستعلاء، لأن البحث فى لفظ الأمر المكون من حروفه الثلاثة: أ- م- ر. من حيث دلالته اللغوية وذلك بقطع النظر عن القرائن، أى لفظ الأمر مجرداً عن أى قرينة تبين جهة صدور هذا الأمر من الأعلى إلى الأدنى أو تعيين حال الآخر، يؤيد ذلك قول ابن السبكى فى جمع الجوامع: لا يعتبر فى مسمى الأمر علو ولا استعلاء[3].

---

(1) نهاية السول جـ٢ ص ٨.

(2) نهاية السول جـ٢ ص ٨، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٧٧.

(3) شرح الجلال على جمع الجوامع جـ١ ص ٤٦٦.

المبحث الثانى

تعريف الأمـــــــــر

اختلف علماء الأصول فى تعريف الأمر الاصطلاحى اختلافات كثيرة نقتصر على بعضها:

أولاً عرفه الإمام البضاوى وأكثر العلماء بأنه: القول الطالب للفعل[1].

شرح التعريف:

فالقول: هو اللفظ المستعمل فيصدق على المفرد والمركب، وهو أخص من اللفظ: لأن اللفظ يشمل المهمل والمستعمل، والقول أخص منه، وهو جنس فى التعريف يشمل القول الطالب للفعل مثل قوله سبحانه وتعالى **﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل ﴾**[2]، ويشمل القول الطالب للترك مثل قوله سبحانه وتعالى **﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾**[3]، ويشمل الخبر مثل قول القائل: أنا طالب منك كذا، لأن كل هذا مندرج تحت القول، هو مخرج للفظ المهمل، والطالب بالإشارة أو القرائن المفهمة، فإن ذلك كله لا يسمى أمراً.

---

(1) متن المنهاج مع نهاية السول جـ٢ ص ٣.

(2) سورة الإسراء، من الآية/ ٧٨.

(3) سورة الإسراء، من الآية/ ٣٣.

الطالب:

صفة للقول وإسناد الطلب إليه مجازا، علاقته السببية، لأن الطالب حقيقة هو المتكلم، لا القول، فإطلاق الطلب عليه مجاز مرسل، لأن الطالب وهو الفاعل إنما يطلب بالقول فالقول سبب، وهو قيد أول خرج به الخبر، فليس أمراً، كما خرج به الأمر النفسانى فهو طلب.

للفعل:

قيد ثان خرج به النهى، فإنه قول طالب للترك، والمراد بالفعل ما قابل الكف والترك، فإن الكف وإن كان فعلا، لكه فعل الضد، وهو الترك. ولهذا قيده ابن الحاجب بقوله، غير كف فقال: طلب فعل غير كف، ليخرج النهى[1].

ثانياً: عرفه القاضى أبو بكر الباقلانى وإمام الحرمين والغزالى، بأنه: القول المقتضى طاعة المأمور بفعل المأمور به[2]. وهذا التعريف راعى فيه أصحابه لازم الأمر.

شرح التعريف:

فالقول: جنس فى التعريف يشمل الأمر وغيره.

المقتضى: قيد أول خرج به الأنواع الأخرى للكلام غير الأمر، فإن الأمر مقتضى بنفسه.

---

(١) نهاية السول جـ٢ ص٧.

(٢) البرهان فى أصول الفقة جـ١ ص ١٥١، طبعة دار الوفاء بالمنصورة سنة ١٩٩٢م، المستصفى للإمام الغزالى جـ١ ص ٤١١ طبعة دار الكتب العلمية بيروت – ط ثانية، واتح الرحموت شرح مسلم الثبوت مع المستصفى جـ١ ص ٣٧٠، إرشاد الفحول ص ٩٢.

طاعة المأمور: قيد ثان خرج به الدعاء والسؤال ونحوهما مما لا يقتضى طاعة المأمور بالقول[1].

اعترض على هذا التعريف:

بأنه يلزم منه الدور، وهو توقف معرفة الأمر على المأمور والمأمور به، وهما متوقفان فى معرفتهما على الأمر، فتوقف كل طرف على الآخر، فبطل التعريف.

وبيان ذلك من وجهين:

الوجه الأول:

أن المأمور والمأمور به مشتقان من الأمر فتوقف معرفتهما عليه، ضرورة أن معرفة المشتق متوقفة على معرفة المشتق منه، وهو أن الأمر توقف فى معرفته عليهما.

الوجه الثانى:

أن الطاعة قد أخذت فى التعريف، وهى موافقة الأمر، وإذا كانت الطاعة هى الموافقة للأمر فتوقفت معرفتها عليه، ضرورة أن المضاف تتوقف معرفته على معرفة المضاف إليه، وهنا المضاف إليه هو الأمر وجاء فى التعريف: أن معرفته متوقفة على معرفة الطاعة، فلهذين الوجهين كان التعريف به دوراً فيكون باطلا[2].

---

[1] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٨، البرهان لإمام الحرمين جـ١ ص ١٥١.

[2] شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٧٧، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٨، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٧٠.

وأجيب عن ذلك:

لا نسلم لزوم الدور؛ لأن لزوم ذلك إنما يتوقف على معرفة حقيقة الأمر، وحقيقة المأمور به، والمأمور، فمعرفة حقيقة هذه الأمور الثلاثة هى المتوقفة على معرفة الأمر وما تعلق به من مأمور به، ومأمور وهو المكلف، وهى التى يلزم منها الدور.

أما المعرفة المتوقفة على الأمر فهى تمييز المأمور به والمأمور، وتصورهما بوجه ما، ضرورة أن معرفة الأمر من حيث هو أمر وكلام صادر من المتكلم فيفهم منه المخاطب وهو المأمور، والمأمور به وهو الفعل، فإن معرفة الأمر التى هى تصوره وحصوله فى الذهن هى المتوقفة على هاتين المعرفتين، وهما: معرفة المأمور، والمأمور به. أما معرفة حقيقة الأمر مراعى فيها قيوده الخاصة به، فلا تتوقف على معرفة حقيقة المأمور الذى هو المكلف، والمأمور به الذى هو الفعل من حيث هو طاعة، فلا دور[1].

ثالثاً: عرفه ابن الحاجب بأنه: اقتضاء فعل غير كف على سبيل الاستعلاء[2].

---

[1] شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٧٧، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٨.

[2] متن ابن الحاجب مع شرح العضد جـ٢ ص ٧٧.

شرح التعريف:

الاقتضاء:

معناه الطلب، وهو جنس في التعريف يشمل الأمر والنهى، لأنه الأمر طلب فعل، والنهى طلب كف عن الفعل، فكل منهما طلب.

غير كف:

قيد أول فى التعريف خرج به النهى، فإنه طلب الكف.

على سبيل الاستعلاء:

قيد ثان فى التعريف خرج به الالتماس فإنه طلب فعل على سبيل المساواة، ويخرج به الدعاء فإنه طلب الفعل من الأدنى للأعلى، فهو على سبيل التسفل[1]. ومعنى الاستعلاء: أى إرادته من الآمر، وإن لم يكن أعلى رتبة باعتبار الواقع ونفس الأمر، وإنما اعتبر نفسه عالياً بالتكلم بصوت مرتفع مع غلظة فيه.

اعترض على هذا التعريف:

بأنه غير جامع وغير مانع، أما إنه غير مانع: لادخاله فى المعرف بالتعريف ما ليس منه، فإنه قد أخذ فى التعريف لفظ "الاقتضاء" وهو الطلب. وأخذ فيه عبارة "غير كف" والطلب غير الكف يشمل لا تتركه ولا تنته فهذا نهى فيشمله التعريف لصدقه عليه، فإن لا تترك ولا تنته اقتضاء فعل غير كف لطلب

---

[1] شرح العضد جـ٢ ص ٧٧، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٧.

الاستمرار على ما هو عليه فى فعله، فالتعريف غير مانع لادخاله فى المعرف بالتعريف ما ليس منه فيكون باطلاً.

وأما إنه غير جامع: فلخروج بعض أفراد المعرف عنه، فلا يشمله التعريف، مثل: اكفف، وذر، واترك، فإن كل هذه أفعال، فإن الكف فعل على الصحيح وما ماثله، لوجود الطلب فى هذه الصورة ومع هذا لا يشمله التعريف، لأن الطلب فيها للكف عن الأفعال ولم يكن طالباً للفعل غير كف، فالتعريف غير مطرد وغير منعكس فيكون باطلاً.

وأجيب عن ذلك:

بأن المقصود بالتعريف هنا، الأمر النفس، فهو المعرف وحينئذ يكون لا تترك أى الأمر النفسى، ويكون المعنى أفعل ما يقتضيه الطلب النفسى القديم فهو أمر، وهو اقتضاء فعل غير كف.

أما ذر، واكفف، فإن هذا نهى، لأن المعنى فيه ترك الفعل. واعتراضكم وارد على الأمر اللفظى وهو القول، فاطرد وانعكس فالتعريف جامع مانع فهو صحيح[1].

---

[1] تيسير التحرير جـ ١ ص ٣٣٧.

مقارنة بين التعريفات الثلاثة [1]

التعريف الأول:

وهو الذى اختاره القاضى البيضاوى بأنه: القول الطالب للفعل، إنما هو تعريف للأمر اللفظى، وإن اختلفت المذاهب فى ضم قيود زائدة عليه من اشتراط كون الأمر صادراً من الأعلى إلى الأدنى، أو اشتراط إرادة الاستعلاء، فإن المعتزلة يشترطون ذلك وعندهم الأمر لفظى، أى صيغته لأنهم ينكرون الأمر النفسى، والحكم عندهم حادث لا قديم ، لأنه عبارة عن التعلق الحادث بأفعال المكلفين، فالأمر يتعلق بالأفعال تعلقاً تنجيزيا حادثا عند المعتزلة، أما البيضاوى الذى اختار أن الحكم قديم، وله تعلقان: أحدهما: معنوى وهو التعلق التنجيزى القديم.

وثانيهما: تعلق تنجيزى حادث: وهو عبارة عن ظهور الخطاب للمكلفين، فإنه اختار تعريف الأمر اللفظى، أى مسماه وهو الصيغة مراعياً معناه اللغوى، لأن معنى الأمر فى اللغة صيغته، والغرض فى علم الأصول من الأمر: البحث فى الأمر، إنما هو معناه اللغوى لأن الأصولى إنما يبحث فى الأدلة السمعية وأحوال تلك الأدلة من عموم وخصوص، ليتوصل إلى استنباط الحكم من تلك الأدلة وإثباته فى المسألة المعينة، وهذا ما عليه علماء اللغة لأنهم استعملوا الأمر بصيغته فى الطلب الجازم،

---

[1] مباحث فى أصول الفقه لأستاذنا الدكتور/ رمضان عبد الودود عبد التواب ص ١٣٢- ١٣٣ طبعة سنة ١٩٧٩م دار الهدى بالقاهرة.

سواء أكان مع العلو أو مع إرادة الاستعلاء، أو بدونهما، وهذا اصطلاح لأهل العربية خاصة، فيجب المصير إليه.

التعريف الثانى:

وهو الذى اختاره القاضى وإمام الحرمين والغزالى بأنه: القول المقتضى طاعة المأمور بفعل المأمور به، فإنه وإن كان ظاهراً فى الأمر اللفظى لكنه تعريف له بلازمه، فليس تعريفاً للأمر، من حيث هو، أى مسماه وهى الصيغة مجردة عن القرائن، بل لابد من ملاحظة تعلقه بالمكلف وهو المأمور، وملاحظة تعلقه بفعله من حيث هو طاعة، فلابد فيه من وجود القرائن الدالة على ذلك، فضلا عن لزومه الدور، كما تقدم.

التعريف الثالث:

وهو الذى اختاره ابن الحاجب بأنه: اقتضاء فعل غير كف على سبيل الاستعلاء، فقد قال عنه بعض الشارحين- كسعد الدين التفتازانى وصاحب التيسير- بأنه تعريف الأمر النفسى[1]، وحينئذ يكون استعماله فى القول مجازاً، لأن حقيقة الأمر هو الطلب القديم القائم بذاته تعالى، والقول دال عليه، وأيضاً يصدق على الإشارة الطالبة للفعل بأنه أمر مجازى، لأنها دالة على الطلب النفسى.

وعلى سبيل الاستعلاء، فهذا يدل على أن المراد من التعريف هو الأمر اللفظى، لأن الاستعلاء صفة للكلام، والتعبير

---

[1] حاشية السعد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٧٧، التيسير على التحرير جـ١ ص ٣٣٧.

والأداء، والصفة تقوم بالموصوف، والموصوف هو اللفظ فلا تتحقق تلك الصفة إلا فى الأمر اللفظى، فيكون فى التعريف تناقض بين أوله وآخره، اللهم إلا أن يجزم بأن الأمر فى التعريف المراد به الأمر اللفظى، ولو على سبيل المجاز.

ومما تقدم يظهر لنا: أن الراجح من هذه التعريفات هو تعريف القاضى البيضاوى، بأن الأمر: هو القول الطالب للفعل مطلقاً مجرداً عن القرائن، وهو الأمر الذى اصطلح عليه أهل اللغة والذى يقتضيه المقام فى بحث دلالات الألفاظ من عموم وخصوص، وقطع وظن، وطلب وغيره، وهذا خاص بالأمر اللفظى.

ويؤيد ذلك قول الكمال بن الهمام: والأليق بالأصول تعريف الصيغى، لأن بحثه عن السمعية، وهو اصطلاحاً صيغته المعلومة، ولغة هى فى الطالب الجازم، أو اسمها مع الاستعلاء، بخلاف فعل الأمر فيصدق مع العلو وعدمه وعليه الأكثر[1].

---

(1) التيسير على التحرير جـ1 ص ٣٣٧- ٣٣٨.

المبحث الثالث

هل يكون الأمر حقيقة فى غير القول الطالب للفعل؟

اتفق الأصوليون على أن استعمال الأمر فى القول الطالب للفعل حقيقة.

ولكنهم اختلفوا فى استعمال الأمر فى غير القول الطالب للفعل كاستعماله فى الشئ أو الصفة أو الفعل، هل يكون حقيقة كذلك أو يكون مجازاً على مذاهب أربعة:

المذهب الأول:

ان الأمر حقيقة فى القول المخصوص مجاز فيما عداه كالفعل أو الشأن أو الصفة، وإلى هذا ذهب الجمهور، وهو المختار للقاضى البيضاوى.

المذهب الثانى:

أن الأمر مشترك بين القول المخصوص والفعل، وإلى هذا ذهب بعض الفقهاء.

والقائلون بالاشتراك: بعضهم قال: إنه مشترك لفظى، لأن لفظ الأمر وضع للقول والفعل بوضعين مستقلين واستعمل فيهما.

والبعض الآخر قال: إنه مشترك معنوى.

المذهب الثالث:

أن لفظ الأمر حقيقة فى أحدها لا بعينه فيكون حقيقة فى واحد غير معين شائع فى القول والفعل على البدل.

المذهب الرابع:

أن الأمر مشترك بين خمسة أمور وهى: القول، والفعل، والصفة، والشئ، والشأن وإلى هذا ذهب أبو الحسين البصرى[1].

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى:-

أولاً:

التبادر: فإنه يتبادر إلى الفهم عند إطلاق لفظ الأمر بأن المراد القول المخصوص دون الفعل، ويسبق هذا إلى الذهن، فكان حقيقة فى القول دون الفعل، فلو لم يتبادر القول المعين لكونه حقيقة فيه لتبادر القول والفعل معا ولم يسبق إلى الفهم واحد معين لكون لفظ الأمر مشتركا فيهما، ولتبادرهما معا ولو على سبيل الاحتمال، لكن تبادرهما معا باطل، لسبق القول إلى الفهم من لفظ الأمر، فكان حقيقة فيه دون غيره[2].

ثانياً:

لو لم يكن الأمر حقيقة فى القول المخصوص مجازاً فى الفعل، لكان مشتركاً بينهما، والاشتراك خلاف الأصل، لأنه يؤدى إلى إخلال بفهم المعنى المراد من اللفظ، لاحتياج المشترك

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٨، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٤، البحر المحيط جـ ٢ ص ٣٤٣، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٧٦، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٦٧.

[2] فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٦٧، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٥، شرح العضد جـ٢ ص ٧٦.

إلى قرينة تعين المعنى المراد فكان هذا مخلاً بالفهم[1]، لأن الأصل عدم القرينة.

نوقش هذا الدليل:

بأننا لا نسلم لكم أن الاشتراك خلاف الأصل، لأنه إنما يكون خلاف الأصل إذ لم يرد عند الإطلاق جميع أفراد المشترك، لكنها مرادة من اللفظ لكونه حقيقة فى أفراده موضوعا لتلك الأفراد، فجميع أفراد المشترك محتملة عند عدم القرينة، سلمنا أن الاشتراك خلاف الأصل لاحتياجه إلى القرينة والأصل عدمها، فإنه معارض بالمجاز، لأنه محتاج إلى قرينة تعين المعنى المراد من اللفظ، وكونه مجازاً وهو خلاف الأصل أيضاً، وليس أحد الأمرين أولى من الآخر.

وأجيب عن ذلك :

بأن قياس المجاز على الاشتراك فى كون كل منهما يحتاج إلى قرينة فيكونان خلاف الأصل قياس مع الفارق، لأن الاشتراك يحتاج إلى قرينة دائمة أبداً، تعين المراد منه، ويحتاج إلى قرينة فى كل فرد من أفراد اللفظ، بخلاف المجاز فلا يحتاج إلى قرينة دائمة، إنما يحتاج إلى القرينة عند إطلاق اللفظ على المعنى المجازى، ولا يحتاج إلى قرينة فى جميع الأفراد، إنما يحتاج إلى القرينة فى المعنى المجازى فقط، وهو فرد استعمل فيه اللفظ على سبيل التجوز بالقرينة، أما فى حالة عدم القرينة،

---

[1] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٥، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٢١، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٦٨.

أو فـي حالـة عدم إرادة المعنـى المجـازى، انصـرف اللفـظ إلـى الحقيقة واستعمل فيه مـن غير قرينـة، لأنـه الأصـل، واسـتعمال اللفظ فى حقيقته غالب وكثير[1].

ثالثاً:

لو لم يكن الأمر مجازاً فـى الفعـل لكـان حقيقـة فيـه، ولـو كان حقيقة لا تحد مع القـول فـى الجمـع، واتحادهمـا منتـف، لأن جمع الأمر الذى هو حقيقة فى القول أوامر، وجمع الأمر بمعنـى الفعـل أمـور، فالجمعـان مختلفـان، فـلا يكـون لفـظ الأمـر حقيقـة فيهمـا، بل هو حقيقة فى القول مجاز فى الفعل[2].

وأجيب عن ذلك:

بأنه لا مانع من جواز اختلاف الجمع للفظ الواحد إذا كان لـه معنيـان، فيجـوز أن يختلـف جمعـه باعتبـار معنييـه كمـا هنـا، وأوامر ليست جمع أمر، إنمـا هـو جمـع إمـرة، كضـوارب جمـع ضـاربة[3].

واستدل أصحاب المذهب الثانى:

بـأن الأمـر قـد أطلـق علـى القـول كمـا فـى قولـه سـبحانه وتعـالى: ﴿ **وأقيمـوا الصـلاة** ﴾[4] وقولـه ﴿ **فكـاتبوهم إن علمتـم فيهم خيراً** ﴾[5]، كمـا أطلـق علـى الفعـل كقولـه سـبحانه وتعـالى

---

[1] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٥، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٢٢.
[2] الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٢١، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٦.
[3] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٦، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٢٥.
[4] سورة البقرة، من الآية/ ٤٣، وغيرها كثير.
[5] سورة النور، من الآية/ ٣٣.

﴿ وما امرنا إلا واحدة كلمح بالبصر ﴾[١] أى فعلنا. وقوله تعالى ﴿ وما أمر فرعون برشيد﴾[٢] أى فعله، والأصل فى الإطلاق الحقيقة، فكان مشتركاً بينهما.

وأجيب عن ذلك:

بمنع الاشتراك، لأن الأصل عدمه، فالاشتراك خلاف الأصل، وما ورد فى الآيات من لفظ الأمر فالمراد منها الشأن وهو أعم من القول والفعل فهو إطلاق مجازى من باب إطلاق الأخص الذى هو الأمر بمعنى القول لكونه حقيقة فيه على الأعم وهو الشأن فأطلق الخاص، وأراد العام فكان مجازاً[٣].

واستدل أصحاب المذهب الثالث:

بأن لفظ الأمر حقيقة فى أحدهما لا بعينه فيكون حقيقة فى واحد غير معين شائع فى القول والفعل على البدل، وهذا الواحد غير المعين كلى وأفراده القول والفعل.

وأجيب عن ذلك:

بأن الأمر حقيقة فى واحد معين وهو القول، أما القول بأنه حقيقة فى واحد غير معين فهو باطل، لأنه يؤدى إلى إبهام فى الحقائق لعدم تعيينها، فلا توجد حقيقة أبداً فى هذا المقام[٤].

---

[١] سورة آل عمران، من الآية/ ١٥٩.
[٢] سورة القمر، الآية/ ٥٠.
[٣] نهاية السول جـ٢ ص ٨، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٢٥– ١٢٦.
[٤] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٣٥.

واستدل أصحاب المذهب الرابع:

بأن لفظ الأمر إذا أطلق، ولم توجد قرينة تعين المراد منه، ترددنا بين القول، والفعل، والصفة، والشيئ، والشأن، والتردد علامة الاشتراك. فكان لفظ الأمر مشتركا بين هذه الأمور الخمسة[1].

وأجيب عن ذلك:

لا نسلم لكم وجود التردد عند عدم القرينة، بل التردد معدوم، فعند إطلاق لفظ الأمر يتبادر إلى الذهن من اللفظ، أنه القول، فكان حقيقة فيه وحينئذ لا يوجد تردد مع التبادر[2].

وبعد ذكر الأدلة ومناقشتها، يتبين لنا أن المذهب المختار هو مذهب الجمهور، القائل: بأن لفظ الأمر حقيقة فى القول المخصوص مجاز فيما عداه، وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة من سواهم.

---

(1) المعتمد لأبى الحسين البصرى جـ١ ص ٣٩- ٤٠، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٢١، نهاية السول جـ٢ ص ٩.

(2) الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٢١، نهاية السول جـ٢ ص ٩.

الفصـــــل الثانــــى

صيغة الأمــــر

ويشتمل على سبعة مباحث:

المبحث الأول

فيما تستعمل فيه صيغة الأمـــــــر

قلنـا فيمـا سـبق إن لفـظ الأمـر حقيقـة فـى القـول الطـالب للفعل، والقول الطالب للفعل الذى وضع له لفظ الأمر هو صيغـة 'افعل' مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ اركعوا واسجدوا ﴾[1]، أو مـا يقوم مقامها كالمضـارع المقترن بـلام الأمـر مثـل قولـه سبحانه وتعـالى: ﴿ **وليخـش الذيـن لـو تركـوا مـن خلفهـم ذريـة ضعافـاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً** ﴾ [2]، واسم الفعل كصه ونزال[3].

وقد اتفق الأصوليون: على أن صيغة الأمـر تسـتعمل فـى معان كثيرة، لكن لا تدل على واحـد مـن هـذه المعـانى بعينـه إلا بقرينة، وقد اختلف علماء الأصول فى عـدد هـذه المعـانى فمنهـم

[1] سورة الحج، من الآية/ ٧٧.

[2] سورة النساء، الآية/ ٩.

[3] نهاية السول جـ٢ ص ١٥، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٥٦، صورة الأمر والنهى فـى الذكر الحكيم للدكتور محمـود توفيق سـعد ص ١٦ ومـا بعدهـا – طبعـة أولـى سـنة ١٩٩٣م – مطبعة الأمانة بالقاهرة.

من جعلها خمسة عشر معنى[1]، ومنهم جعلها تستعمل فى نيف وثلاثين معنى[2]، وسنقتصر على المعانى التى ذكرها القاضى البيضاوى، وهى ستة عشر معنى كالآتى:

١- الإيجاب: كقوله سبحانه وتعالى ﴿ **أقيموا الصلاة** ﴾[3].

٢- الندب: كقوله سبحانه وتعالى ﴿ **فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً** ﴾[4]، وقوله ﴿ **وأحسنوا إن الله يحب المحسنين** ﴾[5].

ويدخل فى الندب التأديب: كقوله - ﷺ - لعمر بن أبى سلمة، وكانت يده تطيش فى الصحفة: (يا غلام سم الله كل بيمينك، وكل مما يليك)[6].

---

[1] المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٢٠١، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٣٢.

[2] البحر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٣٥٧.

[3] سورة البقرة، من الآية/ ٤٣.

[4] سورة النور، من الآية/ ٣٣.

[5] سورة البقرة، من الآية/ ١٩٥.

[6] أخرجه الإمام البخارى، وابن ماجة، عن عمر بن أبى سلمة- فتح البارى بشرح صحيح البخارى- كتاب الأطعمة- باب التسمية على الطعام والأكل باليمين رقم ٥٣٧٦ -جـ٩ ص ٥٢١- طبعة دار المعرفة بيروت، سنن ابن ماجة -كتاب الأطعمة- باب الأكل باليمين رقم ٣٢٦٧ - جـ٢ ١٠٨٧- تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى- طبعة دار إحياء الكتب العربية لعيسى الحلبى.

فأمر الصبى للتأديب، أما إذا كان الأمر بالأكل للبالغ العاقل فإن الأكل مما يليه مندوب، ومما يلى غيره فمكروه، ونص الإمام الشافعى على حرمته[1]،[2].

وقد جعل ابن السبكى والزركشى استعمال صيغة الأمر للتأديب، هو معنى من معانيها، وقسماً مستقلاً[3].

أما الإمام الرازى والآمدى والقاضى البيضاوى والإسنوى، فقد جعلوا التأديب مندرجاً فى المندوب وقسماً منه[4]، فإن الأدب مندوب إليه. والفرق بين الندب والتأديب:

أن الندب عام يتعلق بمحاسن الأخلاق وغيرها.

أما التأديب فهو خاص بمحاسن الأخلاق[5].

٣- **الإرشاد:** مثل الأمر بكتابة الدين الوارد فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ **إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه** ﴾ [6]، ومثل

---

[1] بالنسبة للعالم بالنهى عنه، وفى حالة اشتماله على الإيذاء- شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع للشيخ جلال الدين السيوطى ص ٦١٩ رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة للباحث محمود عبد الرحمن سنة ١٩٩٤م.

[2] الأم للإمام الشافعى جـ٧ ص ٢٩٢- طبعة دار المعرفة بيروت، الرسالة للإمام الشافعى ص ٣٥٠- تحقيق أحمد محمد شاكر طبعة ثانية ١٩٧٩م دار التراث القاهرة.

[3] شرح الجلال المحلى مع حاشية العطار على جمع الجوامع جـ١ ص ٤٧٠، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٥٧.

[4] المحصول جـ١ ص ٢٠١، الإحكام جـ٢ ص ١٣٢، المنهاج جـ٢ ص ١٣، نهاية السول جـ٢ ص ١٥.

[5] نهاية السول جـ٢ ص ١٥، مناهج العقول جـ٢ ص ١٣، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٥٧.

[6] سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٢.

الأمر بالشهادة الوارد فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ **وأشهدوا إذا تبايعتم** ﴾ [1]، والفرق بين الندب والإرشاد:

أن مصلحة الندب أخروية، ومصلحة الإرشاد دنيوية، إذ الأمر بكتابة الدين ليس للوجوب، إنما هو للإرشاد إلى ما يحفظ الحق لصاحبه، وهذه منفعة دنيوية.

وأيضاً الندب فيه الثواب، والإرشاد لا ثواب فيه[2].

٤- الإباحة: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **وإذا حللتم فاصطادوا** ﴾[3]، وقوله ﴿ **كلوا من الطيبات** ﴾[4].

فإن كلا من الاصطياد بعد التحلل، والأكل من الطيب مباحان.

٥- **التهديد**: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **اعلموا ما شئتم** ﴾[5]، وقوله تعالى لإبليس ﴿ **واستفزز من استطعت منهم بصوتك** ﴾[6].

ومنه الإنذار: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **قل تمتعوا فإن مصيركم إلى النار** ﴾[7]، وقوله ﴿ **ذرهم يأكلوا ويتمتعوا ويلههم الأمل** ﴾[8]. والفرق بين التهديد والإنذار:

---

(1) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٢.

(2) نهاية السول جـ٢ ص ١٥، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٥٧.

(3) سورة المائدة، من الاية/ ٢.

(4) سورة المؤمنون، من الآية/ ٥١.

(5) سورة فصلت، من الآية/ ٤٠.

(6) سورة الإسراء، من الآية/ ٦٤.

(7) سورة إبراهيم، من الآية/ ٣٠.

(8) سورة الحجر، من الآية/٣.

أن التهديد هو الكلام المخيف، والإنذار هو إبلاغ ذلك الكلام المخيف[1].

٦- الامتنان: مثل قوله سبحانه وتعالى **﴿ كلوا من طيبات ما رزقناكم ﴾** [2]، وقوله **﴿ وكلوا مما رزقكم الله ﴾** [3].

والفرق بين الإباحة والامتنان:

أن الامتنان إذن بالفعل مصحوباً بما يدل على الاحتياج إليه، أو بعدم القدرة عليه، بخلاف الإباحة فإنها إذن مجرد عن ذلك[4].

٧- الإكرام: مثل قوله سبحانه وتعالى **﴿ ادخلوها بسلام آمنين ﴾**[5]، فإن المقام مقام إكرام للمؤمنين، والذى دل على الإكرام قوله سبحانه وتعالى **﴿ بسلام آمنين ﴾** فإنها قرينة عليه.

٨- التسخير: كقوله سبحانه وتعالى **﴿ كونوا قردة خاسئين ﴾**[6]، ومعنى التسخير فى اللغة: التذليل والامتهان فى العمل[7]. قال

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ١٦، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ١٧ مطبعة نفرتيتى بالقاهرة سنة ١٩٨١م.

[2] سورة البقرة، من الآية/ ١٧٢.

[3] سورة المائدة، من الآية/ ٨٨.

[4] الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ١٨، نهاية السول جـ٢ ص ١٦.

[5] سورة الحجر، آية/ ٤٦.

[6] سورة البقرة، من الآية/ ٦٥.

[7] القاموس المحيط – فصل السين- باب الراء- مادة سخر جـ٢ ص ٤٥- طبعة المطبعة الأميرية- الطبعة الثالثة سنة ١٣٠١هـ، المصباح المنير- كتاب السين- مادة سخر ص ١٠٢، طبعة لبنان.

سبحانه وتعالى ﴿ سبحان الذى سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين ﴾[1]، أى ذلله لنا وما كنا بقادرين عليه[2].

٩- **التعجيز**: مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **فأتوا بسورة من مثله** ﴾ [3]، وقوله تعالى ﴿ **فليأتوا بحديث مثله إن كانوا صادقين** ﴾ [4].

فإن الإتيان بمثل القرآن، أو بمثل بعضه غير ممكن وخارج عن قدرة البشر، فكان الأمر هنا للإعجاز، والقرينة هى التحدى[5].

١٠- **الإهانة**: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **ذق إنك أنت العزيز الكريم** ﴾ [6].

١١- **التسوية**: بين الأمرين والشيئين مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **فاصبروا أو لا تصبروا سواء عليكم** ﴾ [7].

١٢- **الدعاء**: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين** ﴾ [8].

---

[1] سورة الزخرف، من الآية/ ١٣.
[2] نهاية السول جـ٢ ص ١٦، منهاج العقول جـ٢ ص ١٤.
[3] سورة البقرة، من الآية/ ٢٣.
[4] سورة الطور، آية/ ٣٤.
[5] مناهج العقول للبدخشى جـ٢ ص ١٤.
[6] سورة الدخان، آية/ ٤٩.
[7] سورة الطور، من الآية/ ١٦.
[8] سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٦.

١٣- **التمنى**: وهو طلب الشئ البعيد المستحيل حصوله مثل قول الشاعر:

ألا أيها الليل الطويل ألا انجلى

بصبح وما الاصباح منك بأمثل[١].

وإنما كان الشاعر هذا متمنياً، لأن ليل المحب لطوله فكأنه مستحيل الانجلاء[٢].

١٤- **الاحتقار**: مثل قوله سبحانه وتعالى حكاية عن موسى - عليه السلام - يخاطب السحرة ﴿ **ألقوا ما أنتم ملقون** ﴾ [٣].

يعنى أن السحر وإن عظم شأنه ففى مقابلة ما أتى به موسى - عليه السلام - حقير[٤].

والفرق بين الاحتقار والإهانة:

أن الإهانة إنما تكون بالقول أو الفعل أو بتركهما دون مجرد الاعتقاد، والاحتقار إما مختص بمجرد الاعتقاد أو لابد من الاعتقاد، بدليل أن من اعتقد فى شئ أنه لا يعبأ به ولا يلتفت إليه يقال: إنه احتقره، ولا يقال أهانه، ما لم يصدر منه قول أو فعل ينبئ عن ذلك[٥].

---

[١] هذا البيت للشاعر امرئ القيس من معلقته - ديوان امرئ القيس ص ١٨- طبعة دار المعارف سنة ١٩٨٤م، شرح المعلقات السبع ص ١٠ للقاضى أبى عبد الله السحين- مكتبة القاهرة.

[٢] الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ١٩، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦١.

[٣] سورة الشعراء، من الآية/ ٤٣.

[٤] الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ١٩، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦١.

[٥] البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦٣، نهاية السول جـ٢ ص ١٧.

١٥- **التكوين**: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **إنما أمره إذا أراد شيئا أن يقول له كن فيكون** ﴾[١].

والفرق بين التكوين والتسخير:

أن التكوين فيه سرعة الانتقال من العدم إلى الوجود، وليس فيه انتقال من حالة إلى حالة، بخلاف التسخير[٢].

١٦- **الخبر**: مثل قول النبي - ﷺ - (إذا لم تستح فاصنع ما شئت)[٣] أى صنعت ما شئت.

وقيل المعنى إذا لم تستح من شئ لكونه جائزا فاصنعه، إذ الحرام يستحيا منه، بخلاف الجائز[٤].

وقد يستعمل الخبر فى الأمر مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾[٥] أى ليرضع الوالدات أولادهن، وهذا أبلغ من عكسه، لأن الناطق بالخبر مريداً به الأمر كأنه نزل المأمور به منزلة الواقع[٦].

والعلاقة بين الخبر والأمر أن كلا منهما فيه وجود للفعل[٧].

---

(١) سورة يس، الآية/ ٨٢.

(٢) نهاية السول جـ٢ ص ١٦، الابتهاج جـ٢ ص١٨.

(٣) أخرجه الإمام البخارى وابن ماجة عن ابن مسعود.
فتح البارى بشرح صحيح البخارى - كتاب أحاديث الأنبياء باب ٥٤ حديث رقم ٣٤٨٤ جـ٦ ص ٥١٥، كتاب الأدب - باب إذا لم تستح فاصنع ما شئت حديث رقم ٦١٢٠ جـ١٠ ص ٥٢٣، سنن ابن ماجة - كتاب الزهد- باب الحياء حديث رقم ٤١٨٣، جـ٢ ص ١٤٠- طبعة دار إحياء الكتب العربية لعيسى الحلبى.

(٤) نهاية السول جـ٢ ص١٧، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦٢.

(٥) سورة البقرة، من الآية/ ٢٣٣.

(٦) الإبهاج جـ٢ ص ٢٠، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦٢.

(٧) نهاية السول جـ٢ ص ١٧- ١٨، مناهج العقول جـ٢ ص ١٥.

المبحث الثانى

فيما تفيده صيغة الأمر حقيقة

اتفق علماء الأصول على أن صيغة "افعل" ليست حقيقة فى جميع المعانى المتقدمة، لأن خصوصية التسخير، والتعجيز، والتسوية غير مستفادة من مجرد هذه الصيغة، بل إنما تفهم من تلك القرائن.

واختلفوا فيما إذا تجردت الصيغة عن القرائن فهل تدل على الوجوب؟ أم على الندب؟ أم على الاباحة؟ خلاف بين العلماء فى دلالة صيغة "افعل" على الوجوب حقيقة مجازاً فيما سواه، على مذاهب أهمها ما يأتى:-

المذهب الأول: أن صيغة الأمر حقيقة فى الوجوب فقط واستعمالها فيما عداه يكون مجازاً، وإلى هذا ذهب جمهور الأصوليين، وهو مذهب الإمام الشافعى واختاره ابن الحاجب والقاضى البيضاوى[1]. ثم اختلف أصحاب هذا المذهب فى دلالة الصيغة على الوجوب هل هى بوضع اللغة أم بالشرع أم بالعقل؟ على أقوال.

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ١٩، البرهان لإمام الحرمين جـ١ ص ١٥٩- فقرة ١٣٢، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦٥، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨٠، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٣٣، التبصرة للشيرازى ص ٢٦، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٢٢، اللمع للشيرازى ص٧.

الأول: أن صيغة "افعل" تدل على الوجوب بوضع اللغة، حكاه فى البرهان عن الإمام الشافعى، وصححه الشيخ أبو إسحاق[1].

ووجهة هذا القول: أنه قد ثبت فى إطلاق أهل اللغة تسمية من قد خالف مطلق الأمر عاصياً وتوبيخه بالعصيان عند مجرد ذكر الأمر، واقتضى ذلك دلالة الأمر المطلق على الوجوب.

وأيضاً أهل اللغة يحكمون باستحقاق مخالف أمر سيده بصيغة الأمر للعقاب، فكانت الصيغة دالة على الوجوب بوضع اللغة[2].

الثانى: أن صيغة "افعل" تدل على الوجوب شرعا، وإلى هذا ذهب إمام الحرمين والشيخ أبو حامد الأسفراييني، والشريف المرتضى[3].

ووجهة هذا القول: أن الشرع قد طلب الفعل مع المنع من الترك بهذه الصيغة ورتب على الترك عقابا، وعلى الفعل ثواباً، فكانت دلالة صيغة الأمر على الوجوب شرعاً، لأن العقاب والثواب لا يعلمان إلا من الشرع[4].

الثالث: أن صيغة "افعل" تدل على الوجوب عقلا، حكاه القيروانى فى المستوعب[5].

---

[1] البرهان لإمام الحرمين جـ١ ص ١٦٢- ١٦٣ فقرة ١٣٧، اللمع للشيرازى ص ٧.
[2] البحر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٣٦٦، شرح الكوكب الساطع ص ٦٢٣.
[3] البرهان للإمام الحرمين جـ١ ص ١٦٣، فقرة ١٣٧، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦٧، شرح الكوكب الساطع ص ٦٢٣.
[4] شرح الجلال على جمع الجوامع جـ١ ص ٤٧٤، شرح الكزكب الساطع ص ٦٢٣.
[5] نهاية السول جـ٢ ص ١٩، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦٧.

ووجهة هذا القول: أن ما تفيده صيغة الأمر لغة من الطلب يتعين عقلا أن يكون الوجوب، لأن حمله على الندب يُصيِّر المعنى افعل إن شئت، فتكون الصيغة حقيقة للوجوب فى اللغة والعلم بذلك طريقة العقل[1].

المذهب الثانى: أن صيغة الأمر حقيقة فى الندب مجاز فيما سواه، وإلى هذا ذهب عامة المعتزلة منهم أبو هاشم، وجماعة من الفقهاء، وهو أحد قولى الإمام الشافعى[2].

ووجهة هذا المذهب: أن الندب متيقن لكونه أدنى درجات لطلب[3].

المذهب الثالث: أن صيغة الأمر حقيقة فى الإباحة مجاز فيما سواها.

ووجهة هذا المذهب: أن الإباحة الجواز فيها محقق والأصل عدم الطلب[4].

المذهب الرابع: أن صيغة الأمر حقيقة فى القدر المشترك بين الوجوب والندب، وهو الطلب، لأن كلا من الوجوب والندب طلب، إلا أن الطلب فى الوجوب يكون جازما، وفى الندب يكون غير جازم، وإلى هذا ذهب أبو منصور الماتريدى[5].

---

(1) شرح الكوكب الساطع ص ٦٢٣، حاشية العطار على شرح الجلال على جمع الجوامع جـ١ ص ٤٧٤.

(2) نهاية السول جـ٢ ص١٩، المستصفى للإمام الغزالى جـ١ ص ٤٢٦، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٣٤، الإبهاج جـ٢ ص ٢٢، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٧٩، المحصول جـ١ ص ٢٠٤ البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦٧، شرح الكوكب الساطع ص ٦٢٣.

(3) شرح الكوكب الساطع ص ٦٢٣، شرح الجلال على جمع الجوامع جـ١ ص ٤٧٥.

(4) نهاية السول جـ٢ ص ١٩.

(5) الإبهاج جـ٢ ص ٢٣، شرح الجلال على جمع الجوامع جـ١ ص ٤٧٥، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٦٨.

المذهب الخامس: أن صيغة الأمر مشترك لفظى بين الوجوب والندب، بمعنى أنها وضعت لكل منها بوضع مستقل، فاستعمالها فيما عداهما يكون مجازاً.

المذهب السادس: أن صيغة الأمر مشترك لفظى بين الوجوب والندب والإباحة فاستعمالها فى غير هذه الثلاثة مجاز.

المذهب السابع: أن صيغة الأمر مشترك معنوى بين الوجوب والندب والإباحة، فهى حقيقة فى الجميع، ولكن لم توضع لكل واحد من الثلاثة استقلالا، وإنما وضعت للقدر المشترك بينهما، وهو الإذن، حكاه ابن الحاجب[1].

المذهب الثامن: أن صيغة الأمر مشتركة بين خمسة أمور، الوجوب والندب والإباحة، والإرشاد والتهديد.

وقيل: صيغة الأمر مشتركة بين الأحكام الخمسة، وهى: الوجوب والندب والتحريم والكراهة والإباحة.

ووجهة دلالة الصيغة على التحريم والكراهة: أنها تستعمل فى التهديد، وهو يستدعى ترك الفعل المهدد عليه، وهو إما محرم أو مكروه[2].

أما دلالة صيغة الأمر على الخمسة التى هى: الإيجاب والندب والإباحة والإرشاد والتهديد فظاهر وواضح، لأنها مستعملة فى جميع هذه المعانى.

---

(1) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨٠، نهاية السول جـ٢ ص ٢٠.

(2) نهاية السول جـ٢ ص ١٩.

المذهب التاسع: أن صيغة الأمر مشترك لفظى بين الوجوب والندب والإباحة والتهديد وإلى هذا ذهب جمهور الشيعة[1].

المذهب العاشر: التوقف فى معنى الصيغة، وقد اختلف فى تفسيره فمنهم من قال معناه: أن الصيغة موضوعة لواحد من اثنين فقط وهما: الوجوب والندب، ولكن لا يدرى عينه، ومنهم من قال معناه: لا ندرى ما وضعت له الصيغة، أهو الوجوب أو الندب أو الإباحة أو التهديد.......؟، وإلى هذا ذهب أبو الحسن الأشعرى والقاضى أبو بكر الباقلانى[2].

---

[1] إرشاد الفحول ص ٩٤، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٢.

[2] نهاية السول جـ٢ ص ٢٠، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٣٤، إرشاد الفحول ص ٩٤.

الأدلـــــة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى:

أولاً: أن السلف كانوا يستدلون بهذه الصيغة عند خلوها عن القرائن على الوجوب، وشاع ذلك وتكرر، ونقل عنهم من غير نكير فكان ذلك إجماعاً منهم بوجوب القطع بأنها تدل على الوجوب عند عدم القرينة.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول:

ان استدلال علماء السلف بالصيغ على الوجوب كان لقرينة تدل على الوجوب، أما عند عدم القرينة فهى للندب بدليل استدلالهم بها على الندب.

وأجيب عن هذا: بأن السلف كانوا يستعملون صيغة الأمر فى الندب مجازاً لوجود القرينة الصارفة من الوجوب إلى الندب، وعلمنا ذلك بالتتبع والاستقراء وللصيغ الواردة فى الكتاب والسنة، لأن الوجوب لا يحتاج إلى قرينة لتبادره إلى الأذهان.

الوجه الثانى:

سلمنا لكم صحة الدليل وهو استعمال السلف صيغة الأمر فى الوجوب لكن هذا دليل ظنى لأنه إجماع سكوتى، وهو مختلف فى حجيته، والدليل الظنى لا يكفى فى المسائل الأصولية.

وأجيب عن هذا:

بأننا سلمنا لكم أن هذا الدليل ظنى، لكن لا نسلم لكم منع الاستدلال به فى المسائل الأصولية فإنها يُكتفى فيها بالظن، لأن أكثر دلالة الأدلة الشرعية على الأحكام ظنية، فإننا نأخذ بظواهر النصوص من الكتاب والسنة، ونستدل على الأحكام بظواهر النصوص والعمومات، فضلاً عن القطع بتبادر الوجوب من أوامر الشرع عند عدم القرينة ثابت ولا ينكره أحد[1].

ثانياً: استدلوا بقوله سبحانه وتعالى ﴿ **ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك** ﴾ [2].

ووجه الاستدلال من الآية:

ان الله سبحانه وتعالى ذم إبليس على تركه السجود المأمور به فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ **اسجدوا لآدم** ﴾ [3] بدليل قوله سبحانه وتعالى (إذ أمرتك).

ووجه الذم:

أن قوله (ما منعك) استفهام إنكارى قصد به الذم والتوبيخ، وليس استفهاماً حقيقياً لأن الله تعالى عالم بالمانع الذى منع إبليس من السجود لآدم، فإنه سبحانه وتعالى عالم بكل شئ لا تخفى عليه خافية فى السموات ولا فى الأرض.

---

[1] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٢، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٧٣، إرشاد الفحول ص ٩٤- ٩٥.

[2] سورة الأعراف، من الآية/ ١٢.

[3] سورة الأعراف، من الآية/ ١١.

وذم إبليس على تركه السجود المأمور به يدل على أن السجود كان واجباً عليه وإلا لما استحق الذم، ضرورة أن الإنسان لا يذم على تركه لغير الواجب.

بالإضافة إلى أنه لو كان السجود غير واجب لاستطاع إبليس أن يقول لربه سبحانه وتعالى إنك لم توجب السجود علىّ فكيف تذمنى عليه.

ولكنه أجاب عن قوله سبحانه وتعالى ﴿ **ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك؟ قال أنا خير منه** ﴾ [1].

وإذا كان السجود واجباً، والذى أفاد الوجوب هو صيغة الأمر، كانت الصيغة للوجوب، وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل:

بأنه يحتمل أن يكون الوجوب المستفاد من قوله سبحانه وتعالى: (اسجدوا) قد دلت عليه القرينة ولم يحكها القرآن، فيكون الوجوب مستفاداً من القرينة لا من الصيغة، وسواء كانت القرينة حالية أو مقاليه، وعليه فلا يثبت المدعى.

وأجيب عن هذا:

بأن هذه المناقشة ساقطة، لأنها مجرد احتمال، فاحتمال قرينة لم يذكرها القرآن الكريم لا يقدح فى صحة الدليل، فإن ظاهر صيغ الأمر للوجوب، ويؤيد ذلك تبادر الوجوب إلى الذهن من الصيغة، والاحتمال المذكور يحتاج إلى دليل ولا دليل يؤيده، والقول بغير دليل باطل، فهذا الاحتمال مردود غير مقبول[2].

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٢٦، مناهج العقول جـ٢ ص ٢١، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٧٤، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٢ إرشاد الفحول ص ٩٥.

[2] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٢، فواتح الرحموت جـ١ ص ٣٧٤.

ثالثاً: استدلوا بقوله سبحانه وتعالى ﴿ وإذا قيل لهم اركعوا لا يركعون ﴾ [(١)].

ووجه الإستدلال من الآية:

أن قوله سبحانه وتعالى (لايركعون) ليس المقصود منه الإخبار عن عدم ركوعهم وصلاتهم التى منها الركوع المذكور لأنها مشتملة عليه، وهو جزء من أجزائها، فإن ترك ذلك معلوم، وإنما المقصود منه الذم على ترك الصلاة المشتملة على الركوع والسجود وغيرهما. إذ العقاب لا يكون على ترك جزء من أجزاء الصلاة فقط، إنما هو على ترك الصلاة وهى واجبة، والذى دل على الوجوب صيغة الأمر فى قوله سبحانه (اركعوا) من غير قرينة، وترتب الذم على ترك المأمور به فى الآية، وهو الركوع يدل على أن صيغة الأمر مجردة عن القرينة دالة على الوجوب، والتارك للمأمور مخالف ولهذا استحق الذم والعقاب لتركه أمراً واجباً، إذ لا عقاب ولا ذم إلا على ترك واجب[(٢)].

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم أن الذم على ترك المأمور به، وإنما الذم على تكذيبهم الرسل وعدم تصديقهم فيما جاءوا به عن الله بدليل قوله

---

(١) سورة المرسلات، آية/ ٤٨.

(٢) نهاية السول جـ٢ ص ٢٦، مناهج العقول جـ٢ ص ٢١، الإبهاج جـ٢ ص ٢٨، فواتح الحموت جـ١ ص ٣٧٤، إرشاد الفحول ص ٩٥.

سبحانه وتعالى: ﴿ **ويل يومئذ للمكذبين** ﴾ [1]ولم يقل ويل يومئذ للتاركين، فعلم من ذلك أن الذم والويل على التكذيب لا على ترك امتثال الأمر، فالآية لا دلالة فيها على المدعى.

وأجيب عن هذا: بأن ظاهر الآية الكريمة أن الذم مرتب على ترك ما اقتضته صيغة الأمر فى قوله تعالى (اركعوا) وأن الويل مرتب على التكذيب، وهذا مشعر بأن علة الذم هى ترك المأمور به، كما أن علة الويل هى التكذيب، لأن ترتيب الحكم على الوصف مشعر بأن الوصف علة للحكم، وبذلك تكون الآية الكريمة باعتبار ظاهرها مفيدة أن التارك للمأمور به وإن لم يكن مكذبا يعاقب على الترك وحده، وإن كان مكذبا عوقب على الترك والتكذيب معا، وفى ذلك تكثير للفائدة وهو ما يقصد إليه القرآن الكريم.

الوجه الثانى:

سلمنا أن الذم على ترك المأمور به المستفاد من صيغة الأمر، ولكن يجوز أن يكون الوجوب قد استفيد من الصيغة مع انضمام قرينة إليها، فلعل الأمر بالركوع قد اقترن به ما يقتضى إيجابه، وهذا ليس من محل النزاع.

وأجيب عن ذلك: بأن الله سبحانه وتعالى قد رتب الذم على ترك الركوع المستفاد وجوبه من قوله تعالى (اركعوا) فدل

---

[1] سورة المرسلات، آية/ ٤٩.

على أن صيغة (افعل) بمجردها تدل على الوجوب، وليس الذم ناشئا عن القرينة مع الصيغة، وهو المدعى والمطلوب[1].

رابعاً: تارك المأمور به مخالف للأمر، كما أن الآتى بالمأمور به موافق للأمر، والمخالف للأمر على صدد العذاب لقوله سبحانه وتعالى ﴿ **فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم** ﴾[2] فالله سبحانه وتعالى أمر المخالف بالحذر عن العذاب، وذا إنما يحصل بعد قيام المقتضى للعذاب وليس إلا المخالفة، فالمخالفة لأمر الله ورسوله على صدد العذاب، فتارك المأمور به بصدد العذاب، وعليه يكون الترك موجبا للعذاب، فيكون المأمور به واجباً، لأن الإنسان لا يعذب على ترك ما ليس واجباً، وبذلك تكون صيغة الأمر مفيدة للوجوب وهو المطلوب والمدعى[3].

نوقش هذا الدليل من وجوه:

الأول:

أننا لا نسلم أن موافقة الأمر هى الإتيان بالمأمور به حتى تكون مخالفة الأمر هى ترك الإتيان بالمأمور به، بل نقول إن موافقة الأمر هى اعتقاد أنه حق وصدق، وبذلك تكون مخالفة

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٢٦، مناهج العقول جـ٢ ص ٢١، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٢٨، إرشاد الفحول ص ٩٥.

[2] سورة النور، من الآية/ ٦٣.

[3] مناهج العقول جـ٢ ص ٢١ – ٢٢، نهاية السول جـ٢ ص ٢٦– ٢٧، الإبهاج جـ٢ ص ٢٩– ٣٠.

الأمر هى اعتقاد أنه كذب وباطل، فلا يتم قولكم مخالفة الأمر هى ترك الإتيان به.

وأجيب عن هذا: بأن موافقة الشئ فى اللغة هى الإتيان بمقتضاه، فإن كان الشئ يقتضى الإتيان بالمأمور به كانت موافقته هى الإتيان بالمأمور به ومخالفته ترك الإتيان به، وإن كان الشئ يقتضى الصدق والاعتقاد كانت موافقته هى اعتقاد أنه حق وصدق ومخالفته هى اعتقاد أنه كذب وباطل.

ولا شك أن الذى يقتضى الصدق والاعتقاد هو المعجزة الدالة على صدق النبى - ﷺ - فيما يبلغه عن ربه - ﷻ - من الأوامر والنواهى، وبذلك يكون ما ادعيتموه من الموافقة هو موافقة المعجزة، لا موافقة الصيغة، وليس ذلك مما نحن فيه بل خارج عن محل النزاع[1].

الوجه الثانى:

إنما يصح هذا الدليل لو كان الأمر بالحذر للمخالفين والتهديد بإصابة الفتنة والعذاب على المخالفة، لكن الأمر بالحذر ليس للمخالفين، إنما هو أمر بالحذر عن المخالفين، وتقدير الكلام: احذروا المخالفين، والدليل على هذا التقدير: أن فاعل فليحذر ضمير مستتر ومفعوله الذين يخالفون.

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٢٧، مناهج العقول جـ٢ ص ٢٢، الإبهاج جـ٢ ص ٣٠.

وأجيب عن ذلك بجواب من وجهين:

الأول:

أن الإضمار على خلاف الأصل، وإذا سلمنا جواز الإضمار فلابد من اسم ظاهر يرجع إليه، وهذا الاسم هو: الذين يتسللون.

فقد ورد فى نزول هذه الآية: أن المنافقين كان يثقل عليهم المقام فى المسجد واستماع الخطبة، وكانوا يلوذون بمن يستأذن من المؤمنين للخروج من أجل الحاجة، فإذا أذن له انسلوا فخرجوا معه متخفين ومتسترين[1]، وعلى هذا يكون الذين يتسللون هم المخالفين وحينئذ يكون فعل الحذر قد استوفى فاعله ومفعوله ويصبح قوله تعالى: ﴿ **أن تصيبهم فتنة** ﴾ لا ارتباط له بالذى قبله والذى بعده، لأن فعل الحذر ليس مما يتعدى إلى مفعولين، ولو كان قوله تعالى: ﴿ **أن تصيبهم فتنة** ﴾ مفعولاً لأجله لوجب أن يكون عقب قوله تعالى ﴿ **فليحذر أن تصيبهم فتنة** ﴾ لأن الفعل يجب أن يجامع علته، واجتماعهما مستحيل.

الثانى:

سلمنا أن الفاعل يعود على الذين يتسللون، وأن المأمورين بالحذر هم المخالفون، فقد أصروا بالحذر عن أنفسهم مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **ولا تقتلوا أنفسكم** ﴾[2] لكن كان يجب إبراز

---

[1] التفسير الكبير للإمام الفخر الرازى جـ٢٤ ص ٤٠- الناشر دار الكتب العلمية طهران.

[2] سورة النساء، من الآية/ ٢٩.

الضمير هنا، والأبلغ أن يكون الأمر بالحذر للناس من المخالفة، والمخالفون يشملهم هذا الأمر لدخولهم فى عموم الناس، فيكون التقدير: قد أمر الله تعالى بالحذر المخالفين وغيرهم عن المخالفة وهى: ترك المأمور به من أجل إصابة الفتنة أو العذاب، فلو كان الأمر خاصاً بالذين يتسللون وهم المخالفون فلا يشمل غيرهم، ولهذا صح الدليل على وجوب الحذر من العذاب بسبب المخالفة(١).

الوجه الثالث:

أن هذا الدليل أفاد الأمر بالحذر للمخالفين من العذاب وأنتم تقولون إن الحذر واجب بقوله سبحانه وتعالى (فليحذر) لكن هذا الدليل خارج عن محل النزاع، لأن النزاع فى كون صيغة الأمر للوجوب.

وأجيب عن ذلك: بأن الأمر بالحذر من العذاب لا يجب إلا إذا قام الدليل الدال على أن العذاب مرتب على ترك المأمور به، وإلا لكان الحذر سفها وعبثا وهو محال على الله سبحانه وتعالى، وهنا قد دل الدليل على أن العذاب مرتب على مخالفة أمره، وهو ترك المأمور به، لأنه لا عذاب إلا على ترك الواجب دون المندوب، فكانت صيغة الأمر دالة على الوجوب حقيقة، وهو المطلوب والمدعى(٢).

---

(١) نهاية السول جـ٢ ص ٢٧، مناهج العقول جـ٢ ص ٢٢، فواتح الرحموت جـ١ ص ٣٧٤.

(٢) نهاية السول جـ٢ ص ٢٨، مناهج العقول جـ٢ ص ٢٤، الإبهاج جـ٢ ص ٣١-٣٢.

الوجه الرابع:

أن لفظ الأمر الوارد فى الآية مطلق، والمطلق يوجد فى أى فرد من أفراده، فلا يدل على الوجوب فى جميع الأوامر، بل يدل على وجوب أمر واحد فقط، وعليه فالدليل أخص من المدعى وهو أن كل أمر يفيد الوجوب، فلا يثبت المدعى.

وأجيب عن ذلك: بأن لفظ الأمر فى الآية مصدر مضاف يفيد العموم، لأنه إن لم يكن للاستغراق فهو للجنس فيكون المعنى: فليحذر الذين يخالفون جنس الأمر، فكان الأمر عاما وترتب العقاب على مخالفة جنس الأمر يدل على أن الأمر للوجوب، ومخالفته علة فى استحقاق العذاب، وعليه يكون كل أمر للوجوب، وهو المطلوب والمدعى[1].

خامساً:

تارك المأمور به عاصٍ وكل عاصٍ مُخلَّد فى النار، فينتج تارك المأمور به مخلد فى النار، ولا معنى للوجوب إلا هذا، لأنه لا يخلد فى النار إلا من ترك أمراً واجباً.

دليل الصغرى:

وهى تارك المأمور به عاص، لقوله سبحانه وتعالى حكاية عن موسى-عليه السلام- لأخيه هارون ﴿ **أفعصيت أمرى** ﴾[2]، وقوله سبحانه وتعالى فى شأن الملائكة ﴿ **لا يعصون الله ما**

---

[1] شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨٠، فواتح الرحموت جـ١ ص ٣٧٤، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٣.

[2] سورة طه، من الآية/ ٩٣.

أمرهم ويفعلون ما يؤمرون ﴾[1]، فكلا الآيتين أفاد أن تارك الأمر يعتبر عاصياً.

دليل الكبرى:

قوله سبحانه وتعالى ﴿ ومن يعص الله ورسوله فإن له نار جهنم خالدين فيها أبداً ﴾[2].

فقد عبر الله سبحانه وتعالى "بمن" التي هي للعموم، وبذلك تكون الآية أفادت أن كل عاصٍ يخلد في النار، وإذا ثبت هذا كان الأمر للوجوب وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم المقدمة الأولى، لأنه لو كان العصيان عبارة عن ترك المأمور به لكان قوله سبحانه وتعالى ﴿ لا يعصون الله ما أمرهم ﴾ معناه: لا يتركون أي يفعلون، فيكون قوله بعد ذلك ﴿ ويفعلون ما يؤمرون ﴾[3] تكراراً من غير فائدة، والتكرار من غير فائدة عبث والعبث على الله تعالى مخال.

وأجيب عن ذلك من وجهين:

الأول: أنه لا تكرار لاختلاف الزمن فإن قوله تعالى ﴿ لا يعصون الله ما أمرهم ﴾ يعني في الماضي، وقوله تعالى

[1] سورة التحريم، من الآية/ ٦.
[2] سورة الجن، من الآية/ ٢٣.
[3] سورة التحريم، من الآية/ ٦.

﴿ ويفعلون ما يؤمرون ﴾ يعني في الحال أو الاستقبال، وعند اختلاف الزمن ينتفي التكرار.

الثاني: أنه لا تكرار لأن قوله تعالى ﴿ لا يعصون الله ما أمرهم ﴾ بيان للواقع من الملائكة وهو أنهم لم يتركوا لله أمراً، وقوله تعالى ﴿ ويفعلون ما يؤمرون ﴾ بيان لشأنهم وحياتهم وفطرتهم، وعند اختلاف الحال ينتفي التكرار.

الوجه الثاني:

لا نسلم المقدمة الثانية، وهي أن كل عاصٍ يُخلَّد في النار، بل نقول إن العاصي المُخلَّد هو الكافر، ويدل على ذلك أن "من" في قوله تعالى (ومن يعص) مراد بها الكافر فقط وليس المراد بها كل تارك، والقرينة على هذا قوله سبحانه وتعالى ﴿ خالدين فيها أبداً﴾ فإن الذي يخلد في النار أبداً الكافر دون العاصي من المؤمنين، فأصبحت المقدمة الكبرى خالية من الدليل.

وأجيب عن ذلك:

بأن الخلود في اللغة: المكث الطويل الصادق على الدائم وغيره وليس هو الدائم فقط بل هو حقيقة في القدر المشترك حذراً من الاشتراك والمجاز، وعلى ذلك يتحقق في الكافر وغيره من العصاة، فلا يكون ذكر قوله "أبداً" مخصصاً لعموم الآية[1].

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٢٨- ٢٩، مناهج العقول جـ٢ ص ٢٥، الإبهاج جـ٢ ص ٣٣- ٣٤، المحصول جـ١ ص ٢١٤، وما بعدها، فواتح الرحموت جـ١ ص ٣٧٥.

سادساً: استدلوا بما روى عن النبى - ﷺ - أنه دعا أبا سعيد بن المُعلى وهو فى الصلاة فلم يجبه، فقال له النبى - ﷺ - (ما منعك أن تجيب؟ وقد سمعت الله تعالى يقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم ﴾ [1] ، [2].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبى - ﷺ - أنكر على أبى سعيد عدم إجابته، لأن الاستفهام هنا استفهام إنكارى ولا يكون الاستفهام على حقيقته، لأن النبى - ﷺ - عالم بالسبب وهو أنه كان يصلى، وعالم أيضاً أن إجابة المصلى للرسول - ﷺ - وهو فى الصلاة جائزة، فالتكلم فى الصلاة كان جائزاً، فتعين أن يكون الاستفهام للإنكار والذم والتوبيخ على ترك الاستجابة، ولا ذم إلا على ترك أمر واجب والمتروك هنا الاستجابة، وهى مأمور بها فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ استجيبوا لله وللرسول ﴾ وطلب الاستجابة عام سواء أكان الشخص فى الصلاة أم غيرها، وإذا ثبت هذا تعين أن تكون صيغة الأمر المجردة عن القرائن للوجوب[3].

---

[1] سورة الأنفال، من الآية/ ٢٤.

[2] أخرجه الإمام البخارى عن أبى سعيد بن المُعلّى- فتح البارى بشرح صحيح البخارى- كتاب التفسير- باب يا أيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم حديث رقم ٤٦٤٧ جـ٨، ص ٣٠٧.

[3] نهاية السول جـ٢ ص ٢٩، مناهج العقول جـ٢ ص ٢٦، الإبهاج جـ٢ ص ٣٦.

واستدل أصحاب المذهب الثانى القائلون بأن صيغة الأمر حقيقة فى الندب مجاز فيما سواه بما يأتى:-

أولاً:

بما روى عن أبى هريرة قال: سمعت رسول الله - ﷺ - يقول (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما امرتكم به فأتوا منه ما استطعتم فإنما هلك الذين من قبلكم من كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم)[1].

وجه الدلالة من الحديث:

أن الرسول - ﷺ - رد الأمر إلى مشيئتنا، وكل ما هو مردود إلى مشيئتنا يكون جائز الترك، فينتج أن الأمر جائز للترك، ولا معنى للندب إلا هذا، فتكون صيغة الأمر حقيقة فى الندب مجازاً فيما سواه[2].

دليل الصغرى:

قوله - ﷺ - (فأتوا منه ما استطعتم) أى ما شئتم، فإن معنى الاستطاعة فى الحديث هى المشيئة، ويؤيده التعبير بكلمة

---

[1] أخرجه الإمام البخارى ومسلم والنسائى وابن ماجه عن أبى هريرة- فتح البارى بشرح صحيح البخارى- كتاب الاعتصام- باب الاقتداء بسنن رسول الله - ﷺ - جـ١٣ ص ٢٥١ حديث رقم ٧٢٨٨، صحيح مسلم بشرح النووى- كتاب الحج- فرض الحج مرة فى العمر جـ٣ ص ٤٨١- ٤٨٢، سنن النسائى بشرح جلال الدين السيوطى- كتاب مناسك الحج- باب وجوب الحج، جـ٥ ص ١١٠- ١١١- دار الحديث بالقاهرة، سنن ابن ماجة- مقدمة - باب ١ جـ١ ص٣.

[2] فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٧٦، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٤، شرح العضد جـ٢ ص ٨١، إرشاد الفحول ص ٩٦.

"منه" فى الحديث لأن 'من' للتبعيض، والأمر الذى للوجوب لا يتعبض وإنما يكون إما واجبا أو غير واجب.

دليل الكبرى:

فهى مسلمة، لأن معنى المشيئة هى جواز الفعل والترك، لكن هنا ترجح جانب الفعل على جانب الترك، فكانت صيغة الأمر حقيقة فى الندب، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم لكم المقدمة الصغرى، وهى: أن النبى - ﷺ - رد الأمر إلى مشيئتنا، إنما أفاد الحديث رد الأمر إلى استطاعتنا، لأن الاستطاعة شرط فى التكاليف الشرعية كلها فعلق عليها الأمر، لأن الله سبحانه وتعالى لا يكلفنا ولا يأمرنا إلا بما هو مقدور لنا، فغير المقدور لا يأمر الله تعالى به، لعدم الفائدة من الأمر بشئ لا قدرة للإنسان عليه، ويدل على ذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿ **لا يكلف الله نفسا إلا وسعها** ﴾[1].

فالأمر الذى أوجب الله علينا الإتيان به هو المستطاع، أما غير المستطاع فلم يأمرنا بالإتيان به، بل رفعه عنا تخفيفاً ورحمة بنا، فالحديث دليل لنا وليس دليلاً علينا.

الثانى:

سلمنا لكم المقدمة الكبرى، وهى: أن كل أمر مردود إلى مشيئتنا يجوز تركه، لكن لا تُثْبِتُ المُدَّعى، فدعواكم أن صيغة الأمر حقيقة فى الندب ومعناه: طلب الفعل طلباً غير جازم. أم

[1] سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٦.

المشيئة فهى تدل على جواز الفعل والترك على السواء، لأن معنى المشئية التخيير بين الفعل والترك، فتكون صيغة الأمر للإباحة، أما ترجيح جانب الفعل على الترك فيكون بدليل آخر لامن الصيغة، ولم يوجد، فضلاً على أن النزاع فى صيغة الأمر، وهذا الدليل وارد على الأمر بمعنى الطلب الجازم، وهو مدلول الصيغة لا على دلالة الصيغة، لأنه الطلب النفسى، فالدليل خارج عن محل النزاع، وعلى فرض أنه صحيح، فقد عارضه الطلب الجازم ولا خلاف أنه أمر، وهو الوجوب فتكون صيغته للوجوب حقيقة، والمندوب وإن كان الأمر به وارداً وهو مستطاع لنا، لكنه ساقط عن دائرة الوجوب إلى دائرة الندب دفعاً للحرج، فكانت صيغة الأمر فيه مجازاً[1].

ثانياً:

أن أهل اللغة قالوا لا فارق بين صدور الصيغة من السائل وصدورها من الآمر إلا الرتبة، بمعنى أن رتبة الآمر تكون أعلى من رتبة السائل، والصيغة فى السؤال إنما تدل على الندب فكانت فى الأمر كذلك مفيدة للندب، لأنها لو دلت على غيره كالوجوب أو الإباحة لوجد فارق آخر غير الرتبة بين الأمر والسؤال، وهو خلاف ما نقل عن أهل اللغة، وبذلك تكون صيغة الأمر مفيدة للندب فقط، وهو المطلوب والمدعى.

---

[1] فواتح الحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٧٦، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٤، إرشاد الفحول ص ٩٦.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم وجود الفارق بين صدور الصيغة من السائل وصدروها من الآمر، فإن الصيغة في الحالتين تسمى صيغة الأمر، وقد سبق أن الأمر لا يشترط فيه علو ولا استعلاء، والفرق بين السؤال والأمر هو الفرق بين العام والخاص، بمعنى أن الأمر أعم من السؤال، لأن السؤال يكون مصحوبا بالتذلل والخضوع، والأمر يشمل ذلك كما يشمل غيره.

الثاني:

سلمنا أن هناك فرقاً بين السؤال والأمر وهو الرتبة، ولكن لا نسلم أن الصيغة في السؤال تدل على الندب، بل نقول إنها تفيد الوجوب لأن أهل اللغة وضعوها للقول الطالب للفعل مع المنع من الترك، والسائل قد استعملها في هذا فتكون الصيغة في الأمر مفيدة للوجوب كذلك، لأنها لو أفادت غير الوجوب لوجد فارق بين الأمر والسؤال غير الرتبة، وهو خلاف ما نقل عن أهل اللغة.

فإن قيل: بعد تسليم أن الصيغة في كل من الأمر والسؤال تفيد الوجوب، إلا أنه لا يزال هناك فارق بين الأمر والسؤال غير الرتبة، ذلك الفارق هو أن الإيجاب في السؤال لا يترتب عليه الوجوب والإلزام بخلاف إيجاب الأمر فإنه يترتب عليه الوجوب والإلزام، ومن هنا قالوا: إن المسئول لا يُلْزم بالقبول من السائل والمأمور ملزم بالقبول من الآمر.

وأجيب عن ذلك:

بأن الوجوب قد يتخلف عن الإيجاب فى كل من السؤال والأمر، لوجود المانع، والتخلف لمانع لا يقضى بأن اللفظ غير صالح للدلالة عليه، بل يقال: إن اللفظ صالح للدلالة عليه لولا المانع.

فمثلا السيد إذا أمر عبده بمالا قدرة له عليه حساً أو شرعاً لا يكون العبد ملزما بالقبول، كما أن المسئول لا يلزم بالقبول كذلك من السائل وحينئذ فلا يوجد فارق بين السؤال والأمر إلا الرتبة ويكون كل منهما دالاً على الإيجاب[1].

واستدل أصحاب المذهب الثالث القائلون بأن صيغة الأمر حقيقة فى الإباحة مجاز فيما سواها:

بأن صيغة الأمر تدل على جواز الإقدام على الفعل، بمعنى أن الإتيان به لا حرج فيه فوجب قصر الصيغة عليه لأنه هو الأصل، والطلب للفعل خلاف الأصل فلا يصار إليه لدليل، ولا دليل.

نوقش هذا الدليل:

بأن الصيغة عند تجردها عن القرائن الصارفة يتبادر منها طلب الفعل، والتبادر علامة الحقيقة، فكانت الصيغة حقيقة فى طلب الفعل، فإذا استعملت فى غيره كانت مجازاً[2].

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص٣١- ٣٢، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٣٨- ٣٩، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٧٦.

[2] أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٤٣ - دار الطباعة المحمدية بالقاهرة.

واستدل أصحاب المذهب الرابع القائلون بأن صيغة الأمر حقيقة فى القدر المشترك بين الوجوب والندب، وهو الطلب:

بأن صيغة الأمر قد استعملت فى الإيجاب مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **وأقيموا الصلاة** ﴾[1] وقد استعملت فى الندب مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً** ﴾[2] فتكون حقيقة فى القدر المشترك بينهما، وهو الطلب، دفعاً للاشتراك والمجاز لأنهما خلاف الأصل[3].

ولأن القدر المشترك وهو الطلب متيقن، فقد ثبت رجحان الفعل على الترك ولم يثبت الزائد على هذا الرجحان وهو المنع من الترك، والرجحان يصدق على الإيجاب والندب، لأنه ترجح جانب وجود الفعل على تركه، فالقول بأن صيغة الأمر حقيقة فى الإيجاب مجاز فيما عداه تخصيص من غير مخصص وإثبات للزائد وهو المانع من الترك من غير دليل فيكون باطلا[4].

نوقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه:

الأول:

لا نسلم أن طلب الفعل المفهوم من الصيغة مع المنع من الترك، وجعل الطلب خاصاً بالإيجاب، قول من غير دليل وتخصيص من غير مخصص، بل هو قول بدليل، وإثبات للزائد

---

[1] سورة البقرة، من الآية/ ٤٣.
[2] سورة النور، من الآية/ ٣٣.
[3] نهاية السول جـ٢ ص ٣٢، مناهج العقول جـ٢ ص ٣٠، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٤٠.
[4] شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨١، إرشاد الفحول ص ٩٦.

على مطلق الطلب بدليل، وهو الأدلة التى سبقت على أن صيغة الأمر حقيقة فى الوجوب.

الثانى:

ان هذا الدليل فيه إثبات للغة بلوازم الماهيات، وذلك أنكم جعلتم الرجحان لازما للوجوب والندب، وأثبتموه بالصيغة لاستعمالها فيهما واللغة لا تثبت بلوازم الماهيات، إنما تثبت بالوضع، أى بنص الواضع على ذلك ولم يثبت، فبطل دليلكم[1].

الثالث:

ان المجاز وإن كان خلاف الأصل، لكنه وجب المصير إليه للأدلة التى سبقت، على أن صيغة الأمر حقيقة فى الوجوب[2].

واستدل أصحاب المذهب الخامس القائلون بأن صيغة الأمر مشترك لفظى بين الوجوب والندب.

بأن الصيغة قد استعملت فى الوجوب كقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **أقم الصلاة لدلوك الشمس** ﴾[3]، كما استعملت فى الندب كقوله، سبحانه وتعالى ﴿ **فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا** ﴾ [4]، والأصل فى الاستعمال الحقيقة، فكانت الصيغة حقيقة فى كل منهما، ووضعت لكل منهما استقلالا، ولا معنى للاشتراك اللفظى إلا هذا، وهو المطلوب.

---

[1] شرح العضد جـ٢ ص ٨١، إرشاد الفحول ص ٩٦.
[2] نهاية السول جـ٢ ص ٣٢، مناهج العقول جـ٢ ص ٣٠.
[3] سورة الإسراء، من الآية/ ٧٨.
[4] سورة النور، من الآية/ ٢٣.

نوقش هذا الدليل:

بأن الأصل فى الاستعمال الحقيقة إذا كان اللفظ متردداً بين المعنيين ولم يتبادر منه واحد منهما بخصوصه، أما إذا تبادر من اللفظ معنى معين منهما كان اللفظ حقيقة فيه فقط، لأن التبادر علامة على الحقيقة، وصيغة الأمر إذا تجردت من القرائن يتبادر منها الوجوب ولا يتبادر منها الندب، فكانت الصيغة حقيقة فى الوجوب فقط، فإذا استعملت فى غيره كان استعمالاً مجازياً، والمجاز خير من الاشتراك لأنه لا يحتاج إلى تعدد لا فى الوضع ولا فى القرائن، بخلاف المشترك اللفظى فإنه يحتاج إلى كل منهما[1].

واستدل أصحاب المذهب السادس القائلون بأن صيغة الأمر مشترك لفظى بين الوجوب والندب والاباحة:

بأن صيغة الأمر قد استعملت فى كل من الوجوب والندب والإباحة، والأصل فى الاستعمال الحقيقة، فكانت الصيغة حقيقة فى كل واحد من هذه المعانى الثلاثة، فإذا استعملت فى غيرها كان الاستعمال مجازاً.

أما استعمال صيغة الأمر فى الوجوب والندب فقد سبق ما يدل عليه، وأما استعمالها فى الإباحة فكقوله سبحانه وتعالى ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾[2].

---

[1] أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٤٣- ١٤٤.

[2] سورة المائدة، من الآية/ ٢.

نوقش هذا الدليل:

بأن الأصل فى الاستعمال الحقيقة عند تردد اللفظ بين هذه المعانى وعدم تبادر معنى معين من الصيغة، ولكن صيغة الأمر عند تجردها من القرائن يتبادر منها الوجوب دون غيره من الندب أو الإباحة، فتكون الصيغة حقيقة فى الوجوب مجازاً فيما سواه[1].

استدل أصحاب المذهب السابع القائلون بأن صيغة الأمر مشترك معنوى بين الوجوب والندب والاباحة:

بأن صيغة الأمر عند إطلاقها يتبادر منها وجود الفعل دون تركه، ووجود الفعل يتحقق فى كل من الوجوب والندب والإباحة، ولا مرجح لواحد منهم على الآخر فكانت الصيغة حقيقة فيما يعمهم وهو الإذن، وتكون موضوعة لهذا المعنى العام، ولا معنى للاشتراك المعنوى إلا هذا وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل:

بأن صيغة الأمر عند إطلاقها يتبادر منها طلب الفعل مع المنع من الترك، وهذا المعنى هو ما يعرف بالوجوب، ولا يتبادر منها الندب ولا الإباحة، فتكون حقيقة فى الوجوب مجازاً فيما سواه، لأن التبادر أمارة الحقيقة[2].

---

(1) تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٥، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٤٤.

(2) تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٥، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٤٥.

واستدل أصحاب المذهب الثامن القائلون بأن صيغة الأمر مشتركة بين الوجوب والندب والإباحة والإرشاد والتهديد:

بأن صيغة الأمر قد استعملت فى كل معنى من هذه المعانى الخمسة وإذا أطلقت الصيغة على هذه المعانى كلها كانت حقيقة فيها، والأصل فى الإطلاق الحقيقة، فتكون صيغة الأمر مشتركة بين هذه المعانى كلها، وهو المطلوب.

نوقش هذا الدليل:

بأن الصيغة حقيقة فى الوجوب مجاز فيما سواه للأدلة السابقة على أنها حقيقة فى الوجوب، والاشتراك خلاف الأصل، لأنه عند إرادة كل معنى من هذه المعانى لابد من قرينة تبين المعنى المراد.

أما المجاز: وإن كان خلاف الأصل لكنه أيسر من الاشتراك، ولا تلزم القرينة إلا فى معنى واحد، وهو المعنى المجازى، أما المعنى الحقيقى فلا يحتاج إلى قرينة، ولهذا كان المعنى المجازى فيما عدا المعنى الحقيقى للصيغة وهو الإيجاب أولى من الاشتراك[1].

واستدل أصحاب المذهب التاسع القائلون بأن صيغة الأمر مشترك لفظى بين الوجوب والندب والإباحة والتهديد:

بأن صيغة الأمر قد استعملت فى الوجوب والندب والإباحة والتهديد والأصل فى الاستعمال الحقيقة، فكانت الصيغة

---

[1] شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص٨١، تيسير التحرير جـ١ ص٣٤٥.

حقيقة فى كل واحد من هذه المعانى، موضوعة لكل واحد منها بوضع مستقل، ولا معنى للاشتراك اللفظى إلا هذا، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأن الأصل فى الاستعمال الحقيقة إذا كانت الصيغة مترددة بين هذه المعانى الأربعة، ولا مرجح لواحد منها على الآخر ولكن سبق أن الصيغة عند إطلاقها يتبادر منها الوجوب فقط، فكانت حقيقة فيه مجازاً فيما عداه، لأن التبادر أمارة الحقيقة[1].

واستدل أصحاب المذهب العاشر القائلون بالتوقف فى معنى الصيغة:

أن الطريق إلى معرفة مدلول صيغة (افعل) لا يثبت إلا بدليل ولم يوجد، لأن دلالة الصيغة على معنى معين من المعانى كالوجوب أو الندب أو الإباحة لابد له من دليل يدل عليه من كون الصيغة موضوعة لهذا المعنى بعينه، وهذا الدليل لا يثبت إلا بأحد طريقين: إما بالعقل أو النقل.

فالعقل: وإثبات مدلول الصيغة بالعقل باطل، لأنه لا مجال له فى اللغات، فاللغة لا تثبت بالعقل.

وأما النقل: فإثبات مدلول الصيغة عن طريقه أيضاً باطل، لأن النقل إما أن يكون بطريقة الآحاد وهو لا يفيد إلا الظن فى

---

[1] تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٥، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٤٥، ١٤٦.

الأحكام العملية، أما الأحكام العلمية وهى الاعتقادية والمسائل الأصولية فلابد فيها من القطع، وما نحن فيه لا يثبت بالآحاد لأنها مسألة أصولية.

وأما النقل بالتواتر فهو يفيد القطع لكنه غير موجود هنا، لأن مدلول الصيغة المعين لو ثبت بالنقل المتواتر بأن الصيغة موضوعة له لما اختلف فيه لكن وجود الاختلاف فى مدلولها دليل على أن مدلولها ظنى وإذا انتفت الطرق المثبتة لدلالة الصيغة على معنى معين، تعين الوقف لوجود التردد بين معانيها المختلفة، وعدم ما يوجب العلم بالمدلول.

نوقش هذا الدليل من وجوه ثلاثة:

الأول:

نمنع حصر الطرق التى تثبت الدليل في العقل والنقل فقد يوجد طريق ثالث وهو: أن يكون الدليل مركباً من العقل والنقل، وهذا غير ممنوع، لأن دليل العقل الممتنع إثبات مدلول الصيغة به، هو استقلاله بذلك ولم يوجد غيره، بمعنى لا تثبت دلالة الصيغة على مدلول معين من الوجوب أو الندب أو الإباحة بالعقل فقط واستقلاله بالدلالة، أما إذا كان الدليل العقلى مبنياً على مقدمات نقلية فيفيد الدلالة على المدلول المعين وتثبت دلالة الصيغة به.

والدليل المركب من العقل والنقل كقولنا: تارك الأمر عاصٍ لقوله سبحانه وتعالى ﴿ **أفعصيت أمرى** ﴾[1] والعاصى يستحق العقاب بالنار لقوله سبحانه وتعالى ﴿ **ومن يعص الله ورسوله فإن له نار جهنم خالدين فيها أبداً** ﴾[2] فإن العقل بإنضمام هذا النقل إليه يثبت أن مدلول الصيغة هو الوجوب، وقد تقدم ذكر هذا الدليل فى أدلة الجمهور القائلين بأن صيغة الأمر حقيقة فى الوجوب.

الثانى:

سلمنا أن الطرق محصورة فى العقل والنقل، لكن لا نسلم لكم أن النقل بطريق الآحاد لا يفيد هنا، لأن هذه المسألة ليست علمية لأن المقصود من كون الأمر للوجوب إنما هو العمل به لا مجرد إعتقاده، والعمليات مظنونة يكتفى فيها بالظن، فكذلك ما كان وسيلة إليها، فيكون النقل بطرق الآحاد مفيداً هنا وهو المطلوب.

الثالث:

أن النقل ثبت عن طريق التواتر، فقد تواترت استدلالات العلماء على أن صيغة الأمر للوجوب حقيقة تواتراً لم يدع مجالاً للشك والتردد، وأما وجود الخلاف فلا يمنع التواتر، لأن الخلاف متأخر، واتفاق العلماء على معنى معين للصيغة متقدم، فقد وجد التواتر متقدماً وسابقاً وعدم الخلاف إنما يتوقف على الوقوف

---

[1] سورة طه، من الآية/ ٩٣.

[2] سورة الجن، من الآية/ ٢٣.

على الاتفاق فى الأقضية المعينة وتاريخها، فالمخالف لم يصله ذلك، فلا يكون الخلاف دليلاً على عدم نقل دلالة الصيغة على معنى معين من المعانى بطريق التواتر[1].

وبعد ذكر أدلة المذاهب ومناقشتها يتضح لنا أن المذهب القائل بأن صيغة الأمر للوجوب حقيقة هو الراجح، يؤيد ذلك ما ذكره الشوكانى حيث قال: "وإذا تقرر لك هذا عرفت أن الراجح ما ذهب إليه القائلون بأنها حقيقة فى الوجوب، فلا تكون لغيره من المعانى إلا بقرينة لما ذكرناه من الأدلة، ومن أنكر استحقاق العبد المخالف لأمر سيده للذم وأنه يطلق عليه بمجرد هذه المخالفة اسم العصيان، فهو مكابر ومباهت، فهذا يقطع النزاع باعتبار العقل، وأما باعتبار ما رود فى الشرع وما ورد من حمل أهله للصيغ المطلقة من الأوامر على الوجوب ففيما ذكرناه سابقا ما يغنى عن التطويل، ولم يأت من خالف هذا بشئ يعتد به اصلا"[2].

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٣٢- ٣٣، مناهج العقول جـ٢ ص ٣١- ٣٣، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٤١- ٤٢، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ٢ ص ٣٧٧،تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٥، شرح العضد جـ٢ ص ٨١، شرح اللمع للشيرازى جـ١ ص ٢١٢- طبعة أولى سنة ١٩٨٨م- دار الغرب الإسلامى بيروت - لبنان.

[2] إرشاد الفحول ص ٩٦- ٩٧.

ثمرة الخلاف

تتضح ثمرة الخلاف السابق فى بعض الفروع الفقهية منها ما يلى:

الفرع الأول

الكتابة والإشهاد على الدين

ذهب الظاهرية إلى وجوب كتابة الدين والإشهاد عليه، عملا بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يملَّ هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ...**﴾[1].

فالأمر فى قوله "فاكتبوه" وقوله "واستشهدوا" ظاهره الوجوب، ولا يعدل عن الظاهر إلا بنص أو إجماع[2].

قال ابن حزم : "مسألة : فإن كان القرض إلى أجل، ففرض عليهما -يعنى الدائن والمدين- أن يكتباه، وأن يشهدا عليه عدلين فصاعدا، أو رجلا وامرأتين عدولاً فصاعدا، فإن كان ذلك فى سفر ولم يجدا كاتبا، فإن شاء الذى له الدين أن

---

[1] سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٢.

[2] المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٨٠- منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت.

يرتهن به رهناً فله ذلك، وان شاء أن لا يرتهن فله ذلك، وليس يلزمه شئ من ذلك فى الدين الحال، لا فى السفر ولا فى الحضر، برهان ذلك قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم ... " إلى أن قال: وليس فى أمر الله تعالى إلا الطاعة، ومن قال: إنه ندب فقد قال الباطل، ولا يجوز أن يقول الله تعالى: "فاكتبوه" فيقول قائل: لا أكتب إن شئت، ويقول الله تعالى: "وأشهدوا" فيقول قائل: لا أشهد، ولا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب إلى الندب إلا بنص آخر، أو بضرورة حس، وكل هذا قول أبى سليمان- يعنى داود الظاهرى- وجميع أصحابنا وطائفة من السلف"[1].

وذهب قوم إلى أن الوجوب منسوخ بقوله سبحانه وتعالى ﴿ **فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته** ﴾ [2]. وممن ذهب إلى ذلك الشعبى والحسن والحكم وابن عيينة[3].

أما جمهور الفقهاء المجتهدين: فذهبوا إلى أن هذا الأمر للندب والدليل عليه: أنا نرى جمهور المسلمين فى جميع ديار الإسلام يبيعون بالأثمان، المؤجلة من غير كتابة ولا إشهاد، وذلك إجماع على عدم وجوبها، ولأن فى إيجابهما أعظم التشديد

---

(1) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٨٠.

(2) سورة البقرة من الآية/ ٢٨٣.

(3) التفسير الكبير للإمام الفخر الرازى جـ٤ ص ١١٩- طبعة دار الفكر، تفسير الطبرى جـ٣ ص ١١٨- ١١٩- الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٨م مطبعة مصطفى الحلبى. أحكام القرآن للجصاص جـ٢ ص ٢٠٦- مطبعة عبد الرحمن محمد بالقاهرة.

على المسلمين والنبى - ﷺ - يقول (بعثت بالحنيفية السهلة السمحة) [1]،[2].

وكذلك لم ينقل عن الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار أنهم كانوا يتشددون فيهما، بل كانت تقع المداينات والمبايعات بينهم من غير كتابة ولا إشهاد، ولم يقع نكير منهم[3].

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الأمر بكتابة الدين إنما هو للندب والإرشاد لحفظ الحقوق ومنع المنازعات، وذلك لقوة أدلتهم، وضعف أدلة المخالفين.

---

[1] رواه الإمام أحمد بن حنبل عن أبى أمامه- مسند الإمام أحمد بن حنبل جـ٥ ص ٢٦٦، جـ٦ ص ١١٦- طبعة دار صادر بيروت.

[2] تفسير الفخر الرازى جـ٤ ص ١١٩.

[3] أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء للدكتور/ مصطفى الخن ص ٣٠٣- ٣٠٤ الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٢م- مؤسسة الرسالة بيروت.

الفرع الثانى

الإشـــهاد على البيع

ذهب ابن حزم إلى أنه فرض على كل متبـايعين لما قلّ أو أكثر أن يشهدا على تبايعهما رجلين أو رجلاً وامرأتين، من العدول، فإن لم يجدا عدولاً سقط فرض الإشهاد، فإن لم يشـهدوا وهما يقدران على الإشهاد. فقد عصيا الله عز وجل، والبيع تام، واحتـج بـالأمر فـى قولـه سـبحانه وتعـالى:﴿ **وأشـهدوا إذا تبايعتم** ﴾[1]. فإنه يفيد الوجوب[2] وإلى هذا ذهب أيضاً أبو جعفر الطـبرى[3]، وداود الظـاهرى، والضحـاك وسـعيد بـن المسـيب، وعطاء، وذهب إلى هذا من الصحابة أبو موسى الأشعرى، وابن عبد الله بن عمر، وكان إبراهيم النخعى يقول: اشـهد إذا بعـت وإذا اشتريت ولو دستجه بقل[4] (أى حزمة بقل).

وذهـب جمهـور الفقهـاء إلـى أن الإشـهاد أمـر منـدوب، والأمر فى الآية للندب والإرشاد، والذى صرفه عن الوجوب مـا ورد عن النبى - ﷺ - من بيع ورهن من غير إشهاد، وما كـان

---

(1) سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٢.

(2) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٣٤٤.

(3) تفسير الطبرى جـ٣ ص ١٣٣- ١٣٤.

(4) أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية للخن ص ٣١١.

يفعله أصحابه والسلف الصالح، وما يوجد من اشتراط الإشهاد ولو فى الشئ التافه من الحرج والمشقة على عباد الله[1].

وذهب فريق إلى أن الأمر بالإشهاد منسوخ بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته** ﴾[2].

ورد الطبرى هذا القول: بأنه لا معنى له، لأن هذا حكم غير الأول، وإنما هذا حكم من لم يجد كتاباً قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ **وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة فإن آمن بعضكم بعضاً** – أى فلم يطالبه برهن– **فليؤد الذى أؤتمن أمانته**﴾ .

قال ولو جاز أن يكون هذا ناسخاً للأول لجاز أن يكون قوله عز وجل: ﴿ **وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط** ﴾[3]. ناسخاً لقوله عز وجل ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة** ﴾[4]، ولجاز أن يكون قوله عز وجل فى كفارة الظهار ﴿ **فمن لم يجد فصيام شهرين**

[1] تفسير القرطبى جـ٣ ص ٤٠٣– طبعة دار الكتب المصرية.
[2] سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٣.
[3] سورة المائدة، من الآية/ ٦.
[4] سورة المائدة، من الآية/ ٦.

متتابعين ﴾[1] ناسخاً لقوله عز وجل ﴿ **فتحرير رقبة مـن قبـل أن يتماسا** ﴾ [2]،[3].

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الأمر بالإشهاد على البيع إنما هو للندب، لأن مذهبهم يحقق الوسطية والاعتدال، فالأصل فى الأمر الوجوب، ولكن إذا قامت قرائن على إرادة غير الوجوب عملوا بها، وليس فى هذا خروج عن طاعة الله ورسوله، بل تحقيق لأحكامه وتشريعه.

أما مذهب الظاهرية ومن وافقهم فالمتأمل فيه يجد به شدة، وتضييقا فى الدين، وحرجا فيه، مما لا يتلاءم وسماحة الدين ويسره ﴿ **ما جعل عليكم فى الدين من حرج** ﴾[4] (إن هذا الدين يسر). [5]،[6].

---

[1] سورة المجادلة، من الآية/ ٤.
[2] سورة المجادلة، من الآية/ ٣.
[3] تفسير الطبرى جـ٣ ص ١٢٠ وما بعدها.
[4] سورة الحج، من الآية/ ٧٨.
[5] أخرجه الإمام البخارى عن أبى هريرة - ﷺ - ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى- كتاب الإيمان- باب ٢٩- الدين يسر جـ١ ص ٩٣.
[6] أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية للخن ص ٣١٢.

المبحث الثالث

فيما يفيده الأمر بعد التحريم

وما يفيده النهى بعد الوجوب

أولاً – ما يفيده الأمر الوارد بعد التحريم:

إذا ورد أمر بعد التحريم، فهل يدل على الإيجاب بصيغته كما كان دالاً عليه قبل التحريم، أم هو للإباحة؟ اختلف الأصوليون فى ذلك على مذاهب ثلاثة.

المذهب الأول:

أن صيغة الأمر بعد الحظر للوجوب، وإلى هذا ذهب عامة الحنفية والمعتزلة وأبو إسحاق الشيرازى والقاضى أبو بكر الباقلانى والإمام الرازى واختاره القاضى البيضاوى.

المذهب الثانى:

أن صيغة الأمر بعد الحظر للإباحة، وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء والمتكلمين والإمام الشافعى واختاره بن الحاجب، ومال إليه الآمدى.

المذهب الثالث:

الوقف وعدم الجزم بشئ من الوجوب أو الإباحة، وإلى هذا ذهب إمام الحرمين[1].

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٣٤– ٣٥، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٦٥، المحصول جـ١ ص ٢٣٦، شرح العضد جـ٢ ص ٩١، شرح اللمع للشيرازى جـ١ ص ٢١٣، البرهان

الأدلـــة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أولاً:

أن الأدلة الدالة على أن صيغة الأمـر للوجوب حقيقـة لـم تفرق بين أمر تقدمه حظر وأمر لم يتقدمه حظـر، فورود الأمـر بعده، مفيد للوجوب أيضـاً كما كـان الأمـر قبل الحظـر مفيـداً للوجوب، إذ لا مانع من كون الأمر بعد الحظر للوجوب.

نوقش هذا الدليل:

أن الأدلة الدالة على أن صيغة الأمر للوجوب حقيقة، إنما هى فـى الأمـر المطلـق غير المعلق علـى زوال سبب التحريـم والمقيد به وغير متصل بالتحريم، أما ما نحـن فيـه فليس كذلك، فـإن ورود الأمـر متصـلاً بـالتحريم، أو معلقـاً علـى إزالـة سـبب الحرمة دليل على رفع التحريم، ورفع التحريم عـن الفعل قرينـة على إباحته، لأن الإباحة هى المتبادرة من صيغة الأمـر الـواردة بعد الحظـر، فإثبـات الوجـوب أو النـدب بالصيغـة الـواردة بعـد الحظر زيادة ولا يثبت إلا بدليل، فكانت الإباحة أرجح.

وأجيب عن ذلك:

بأن المقتضى لتخلف الوجوب عن الأدلة إنما هى القرينـة المانعة عن إرادة الوجوب ولم توجد، وكون الوجوب زائداً علـى

لإمام الحرمين جـ١ ص ١٨٧ فقرة ١٧٢، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٧٩، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٤٥، البحر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٣٧٨.

هذا المقصود لا يمنع إرادته، لجواز كون الزائد مقصوداً كأصل الرفع، وإن أريد أن المقصود الرفع بالأدنى وهو الإباحة فقط، فلا نسلم أنه متبادر إلى الفهم[1].

ثانياً:

أن المقتضى للوجوب قائم، والمعارض الموجود لا يصلح معارضاً، فوجب تحقق الوجوب.

أما المقتضى: فالأدلة السابقة التى تدل على أن صيغة الأمر تدل على الوجوب.

وأما المعارض: فلا يصلح معارضاً لوجهين:

الأول: أنه كما لا يمتنع الانتقال من الحظر إلى الإباحة، فكذلك لا يمتنع الانتقال منه إلى الوجوب، والعلم بجوازه ضرورى.

الثانى: أمر الشارع الحائض والنفساء بالصلاة والصوم ورد بعد الحظر، وأنه للوجوب[2].

واستدل أصحاب المذهب الثانى:

بأن صيغة الأمر بعد الحظر قد غلب استعمالها فى الإباحة، حتى صار هذا المعنى يتبادر منها عند الإطلاق، والتبادر أمارة الحقيقة فكانت الصيغة بعد الحظر حقيقة فى الإباحة.

من ذلك: قوله سبحانه وتعالى **﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾**[3]، فإنه أمر ورد بعد حظر الصيد على المحرم

---

[1] مناهج العقول جـ٢ ص ٣٤، شرح اللمع جـ١ ص ٢١٣.

[2] المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٢٣٦.

[3] سورة المائدة، من الآية/ ٢.

بقوله سبحانه وتعالى ﴿ **غير محلى الصيد وأنتم حرم** ﴾[1]، وهو للإباحة، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله** ﴾[2]، فإن الله تعالى أمر بالوطء بعد حظره فى الحيض بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **ولا تقربوهن حتى يطهرن** ﴾، وهو للإباحة، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله** ﴾[3] ، فإنه أمر ورد بعد الحظر فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ **وذروا البيع** ﴾[4]، وهو للإباحة.

ومن السنة: قوله صلى الله عليه وسلم (كنت نهيتكم عن زيادة القبور فزوروها فإنها تذكر بالآخرة)[5] فإنه أمر ورد بعد نهى وهو للإباحة، وقوله – ﷺ – (كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث فكلوا وادخروا)[6] فإنه أمر ورد بعد نهى وهو للإباحة.

---

[1] سورة المائدة، من الآية/ ١.

[2] سورة البقرة، من الآية/ ٢٢٢.

[3] سورة الجمعة، من الآية/ ١٠.

[4] سورة الجمعة، من الآية/ ٩.

[5] أخرجه الإمام مسلم وأبو داود والنسائى والترمذى عن ابن بريدة– صحيح مسلم بشرح النووى– كتاب الجنائز– باب استئذان الرسول عليه السلام فى زيارة القبور جـ٢ ص ٦٤٠، سنن أبى داود– كتاب الجنائز– باب زيارة القبور جـ٣ ص ٢١٨، سنن النسائى بشرح جلال الدين السيوطى– كتاب الجنائز– باب زيارة القبور جـ٤ ص ٨٩ سنن الترمذى كتاب الجنائز– باب الرخصة فى زيارة القبور جـ٣ ص ٣٧٠.

[6] أخرجه الإمام مسلم وأبو داود عن ابن بريدة عن أبيه – صحيح مسلم بشرح النووى– كتاب الجنائز– استئذن أن النبى – ﷺ – فى زيارة قبر أمه جـ٢ ص ٦٤٠، سنن أبى داود– كتاب الأشربة– باب فى الأوعية جـ٣ ص ٣٣٢.

نوقش هذا الدليل:

بأن صيغة الأمر كذلك قد ورد استعمالها بعد الحظر في الوجوب مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين** ﴾[1]، فإن هذا الأمر ورد بعد النهي عن قتالهم في الأشهر الحرم وهو للوجوب. لأن قتل المشركين واجب، وقوله - ﷺ - لفاطمة بنت حبيش حينما سألته، فقالت: إني امرأة استحاض، فلا أطهر، أفأدع الصلاة؟ قال (لا إنما ذلك عرق وليس بمحيض، فإذا اقبلت حيضتك فدعي الصلاة، وإذا أدبرت الحيضة فاغسلي عنك الدم ثم صلي)[2] فقد أمرها الرسول - ﷺ - بالصلاة بعد انتهاء الحيض والصلاة واجبة فالأمر للوجوب.

وحيث ثبت استعمال صيغة الأمر في الوجوب بعد الحظر، كان ذلك معارضاً لما ذكرتموه من استعمالها بعد الحظر في الإباحة، ولا يمكن الجمع بين هذه الأدلة المتعارضة فيجب إلغاؤها وعدم العمل بها: ويبقى الدليل الذي أقمناه على الوجوب سالماً عن المعارض فيعمل به، وتكون صيغة الأمر بعد الحظر للوجوب وهو المطلوب والمدعي[3].

---

[1] سورة التوبة، من الآية ٥.

[2] أخرجه الإمام البخاري ومسلم عن السيدة عائشة - رضي الله عنها- فتح الباري بشرح صحيح البخاري- كتاب الوضوء، باب غسل الدم جـ١ ص ٣٣١- ٣٣٢ حديث رقم ٢٢٨، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب الحيض- المستحاضة غسلها وصلاتها جـ١ ص ٦٣٠.

[3] نهاية السول جـ٢ ص ٣٥، مناهج العقول جـ٢ ص ٣٤، الإبهاج جـ٢ ص ٤٣-٤٤.

واستدلوا أيضاً:

بأنه إذا أمرنا الشارع بشئ بعد ما حرمه فالظاهر أنه قصد رفع الجناح فى فعله وإسقاط المأثم فيه، وذلك يقتضى الإباحة، ولهذا إذا قال السيد لعبده: "لاتفعل كذا" ثم قال له: "افعله" فهم منه رفع الجناح عنه فى الفعل، كذلك هنا.

نوقش هذا الدليل:

لا نسلم أنه قصد به رفع الجناح، بل قصد به إيجاب الفعل، ولهذا أتى بالصيغة الموضوعة لاستدعاء الفعل على الإيجاب، وقصد المتكلم إنما يعلم بقوله.

ولو قصد به رفع الجناح لأتى باللفظ الموضوع لرفع الجناح فقال: "رفعت عنك الجناح" فلما أتى بلفظ الأمر، علم أنه قصد به إيجاب الفعل، وبهذا تكون صيغة الأمر بعد الحظر للوجوب وهو المطلوب والمدعى[1].

واستدل أصحاب المذهب الثالث:

بأن صيغة الأمر بعد الحظر تحتمل الوجوب والإباحة على السواء، وعند تساوى الاحتمالين يجب التوقف، يؤيد ذلك ما ذكره إمام الحرمين حيث قال: "والرأى الحق عندى: الوقف فى هذه الصيغة، فلا يمكن القضاء على مطلقها وقد تقدم الحظر لا بالإيجاب ولا بالإباحة، فلئن كانت الصيغة فى الإطلاق موضوعة للاقتضاء فهى مع الحظر المتقدم مشكلة، فيتعين الوقوف إلى البيان" [2].

---

[1] شرح اللمع للشيرازى جـ١ ص ٢١٥- ٢١٦.

[2] البرهان لإمام الحرمين، جـ١ صـ١٨٨، فقرة ١٧٣.

ثمرة الخلاف

تفرع على الخلاف السابق بعض الفروع منها ما يلى:-

الفرع الأول:

الأمر بالكتابة فى قوله تعالى: ﴿ **فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً** ﴾[1] قال طائفة من الحنابلة: هو أمر بعد حظر، لأن الكتابة بيع الرجل ماله بماله، فإن العبد ماله، وكسبه من ماله، فبيع بعضه ببعضٍ أكلُ مال بالباطل، فيدخل فى النهى عن أكل المال بالباطل، وإذا كانت الكتابة محظورة فى الأصل، فالأمر بها بعد ذلك أمر بعد حظر، فلا يفيد الوجوب بناء على القاعدة، لكن يستحب كتابة ذى الكسب والأمانة.

وإن قلنا الأمر بعد الحظر للإباحة، لما فى ذلك من تحرير الرقبة، وذلك مطلوب شرعا.

واختار أبو بكر عبد العزيز فى تفسيره: أن الكتابة فى هذه الحالة واجبة وذكرها فى التنبيه رواية وهو متجه[2].

وقال ابن السبكى: الكتابة فهى مستحبة.

وعن صاحب " التقريب" حكاية قول : إنها تجب بطلب العبد[3].

---

[1] سورة النور، من الآية/ ٣٣.

[2] القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ١٦٨- طبعة أولى سنة ١٩٨٣م- دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

[3] الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٤٥.

الفرع الثاني:

أمره - ﷺ - بالنظر إلى المخطوبة: هو أمر بعد حظر. فيقتضي الإباحة، بناء على القاعدة، وهذا أحد الوجهين للحنابلة وهو إباحة النظر، لا استحبابه.

والوجه الثاني- وجزم به جماعة منهم: أبو الفتح الحلواني، وابن عقيل، وصاحب الترغيب- استحباب النظر إلى المخطوبة؛ لأنه -وإن كان أمراً بعد حظر- لكنه معلل بعلة تدل على أنه أريد بالأمر الندب، وهي قوله - ﷺ - (انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما).[1] ، [2]

ثانياً- ما يفيده النهي الوارد بعد الوجوب:

إذا وردت صيغة نهي بعد أمر، فهل تدل على التحريم، أم تدل على الإباحة؟

خلاف بين القائلين بأن صيغة الأمر بعد الحظر تدل على الإباحة.

فقد ذهب البعض: إلى أن صيغة النهي الواردة بعد أمر تدل على الإباحة، لأن تقدم الأمر للوجوب قرينة على أن صيغة النهي عقبه تدل على أن النهي المقصود منه رفع الوجوب، وإذا ارتفع الوجوب بقي الفعل على إباحته.

---

[1] رواه الإمام الترمذي والإمام أحمد بن حنبل عن المغيرة بن شعبة. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن - سنن الترمذي- كتاب النكاح- باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة جـ٣ ص ٣٨٨، مسند الإمام أحمد جـ٤ ص ٢٤٦.

[2] القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ١٦٩، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإمام الأسنوي ص ٢٧٢، مؤسسة الرسالة بيروت، الإبهاج في شرح المنهاج جـ٢ ص ٤٥.

وذهب البعض: إلى أن صيغة النهى الواردة بعد الوجوب تدل على التحريم.

ووجهتهم فى ذلك:

أن صيغة النهى تقتضى ترك الفعل، وهو الأصل، والتحريم إنما هو لدرء المفاسد، والإباحة لجلب المصالح، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، ولأنه إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرمة على الإباحة.

أما القائلون: بأن صيغة الأمر الواردة بعد الحظر للوجوب، فلا خلاف بينهم فى أن صيغة النهى الواردة بعد الأمر للتحريم[1].

---

(١) نهاية السول جـ٢ ص ٣٥، منهاج العقول جـ٢ ص ٣٤- ٣٥، الإبهاج فى شرح المنهاج ج٢ ص ٤٥- ٤٦.

المبحث الرابع

فيما يدل عليه الأمر المطلق من المرة أو التكرار

الأمر نوعان: أحدهما: مطلق. وثانيهما: مقيد.

والأمر المقيد: إما أن يكون مقيداً بالمرة أو بالتكرار، أو يكون مقيداً بشرط أو صفة.

فإن كان الأمر مقيداً بالمرة ، كقولنا: أكرم محمداً مرة، أو مقيداً بالتكرار، كقولنا: أكرم محمداً ثلاث مرات، فلا خلاف بين علماء الأصول فى أن الأمر فى هذه الحالة يكون مفيداً لما قيد به من المرة أو المرات.

وإن كان الأمر مقيداً بشرط: مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **وإن كنتم جنباً فاطهروا** ﴾[1] أو مقيداً بصفة: مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾[2] فسيأتى أنه يتكرر قياساً لا لفظاً.

أما إن كان الأمر مطلقاً غير مقيد بالمرة أو بالتكرار ولا بشرط ولا بصفة كقولنا: اعط محمداً درهماً، فهل يدل على المرة أو يدل على التكرار، اولا يدل على واحد منهما بخصوصه، اختلف الأصوليون فى ذلك على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: أن الأمر المطلق لا يدل على المرة ولا يدل على التكرار، وإنما يدل على طلب الماهية من غير إشعار بمرة أو تكرار، إلا أنه لا يمكن إدخال تلك الماهية فى الوجود بأقل من المرة الواحدة، فصارت المرة من ضروريات الإتيان بالمأمور

---

(1) سورة المائدة، من الآية/ ٦.

(2) سورة النور، من الآية/ ٢.

به، وليست المرة مما وضع له الأمر، وإلى هذا ذهب كثير من الأصوليون، واختاره الآمدى وابن الحاجب والقاضى البيضاوى والإمام الرازى[1].

المذهب الثانى: أن الأمر المطلق يدل على التكرار المستوعب لزمان العمر بشرط الإمكان، وإلى هذا ذهب جماعة من الفقهاء والمتكلمين وأبو إسحاق الشيرازى والأستاذ أبو إسحاق الاسفراييني[2].

المذهب الثالث: أن الأمر المطلق يدل على المرة، ولا يدل على التكرار، وإلى هذا ذهب الإمام الشافعى وأكثر الشافعية، أبوعلى الجبائى وأبو هاشم، وأبو عبد الله البصرى، وجماعة من الحنفية[3].

المذهب الرابع: التوقف، قالوا: وهو محتمل لشيئين.

أحدهما: أن يكون مشتركاً بين التكرار والمرة فيتوقف إعماله فى أحدهما على قرينة.

والثانى: أنه لأحدهما ولا نعرفه فيتوقف لجهلنا بالواقع. وإلى هذا ذهب القاضى أبو بكر وجماعة وإمام الحرمين[4].

---

(1) نهاية السول جـ٢ ص ٣٦- ٣٧، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٤٣، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨٢، المحصول جـ١ ص ٢٣٧، الإبهاج جـ٢ ص ٤٧، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٨٥، شرح الجلال على جمع الجوامع جـ١ ص ٤٨٠، إرشاد الفحول ص ٩٧.

(2) اللمع للشيرازى ص ٨، شرح اللمع، جـ١ ص ٢٢٠، الإبهاج جـ٢ ص ٤٨.

(3) نهاية السول جـ٢ ص ٣٧، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٨٦، المعتمد لأبى الحسين البصرى جـ١ ص ٩٨ وما بعدها، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٥١.

(4) البحر المحيط جـ٢ ص ٣٨٨، البرهان لإمام الحرمين جـ١ ص ١٦٤ وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٩٨.

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتى:

أولاً:

أن الأمر يصح أن يرد مقيداً بالمرة أو المرات، كما يقال: 'أكرم محمداً مرة أو مرات، وليس فيه تكرار ولا نقض، إذ لو كان الأمر دالاً على المرة لكان تقييده بالمرة تكراراً وبالمرات نقضاً، ولو كان دالاً على التكرار لكان تقييده به تكراراً وبالمرة نقضاً، ولزوم التكرار أو النقض باطل، وإذا ثبت صحة تقييد الأمر بالمرة والمرات من غير لزوم نقض أو تكرار، كان الأمر دالاً على مطلق الطلب، ولا يدل على مرة ولا على تكرار وهو المطلوب والمدعى[1].

نوقش هذا الدليل:

بأنه لا يثبت به المدعى وهو دلالة الأمر على مطلق الطلب من غير إفادة مرة أو مرات، لأن عدم النقض أو التكرار ليس لازما لدلالة الأمر على مطلق الطلب، إنما هو لازم عن أمر آخر، وذلك أن المرة الواحدة داخلة فى المرات لأنها فرد من أفراده فلا تكرار ولا نقض، إذ الأمر يدل بمقتضاه على المرة الواحدة، والدلالة على المرة دلالة ظاهرية، فإذا ورد الأمر بالتصريح بها يكون نصا فى إفادته المرة، وإذا ورد الأمر بالتصريح بخلاف الظاهر كالمرات، فحينئذ يكون صرفاً للأمر

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٣٧.

عن ظاهره إلى ذلك الغير الذى أريد، فقد صرح بصرف الأمر عن ظاهره وأريد به ذلك الغير فلا نقض[١].

واستدلوا ثانياً فقالوا:

إن الأمر المطلق ورد استعماله فى التكرار شرعاً مثل قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة** ﴾ [٢]، وقوله سبحانه وتعالى ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾ [٣]، وورد مع التكرار عرفاً، مثل: احفظ دابتى، وأحسن إلى الناس.

كما ورد استعماله فى المرة شرعاً، مثل: قوله سبحانه وتعالى ﴿ **ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا** ﴾[٤]، وورد مع المرة عرفاً كقول القائل لغيره: ادخل الدار، واشتر اللحم، والأصل فى الاستعمال الحقيقة، فبطل أن يكون اللفظ حقيقة فى واحد منهما مجازاً فى الآخر، لأن المجاز خلاف الأصل، أو أن يكون مشتركاً لفظياً بينهما، لأنه خلاف الأصل كذلك، لاحتياجه إلى تعدد فى الوضع والقرائن، وثبت أن اللفظ حقيقة فى كل منهما وأنه وضع للقدر المشترك بينهما وهو طلب الماهية، وهو المطلوب والمدعى.

---

[١] مناهج العقول جـ٢ ص ٣٦.

[٢] سورة البقرة، من الاية/ ٤٣.

[٣] سورة المائد، من الآية/ ٣٨.

[٤] سورة آل عمران، من الآية/ ٩٧.

نوقش هذا الدليل:

بأن اللفظ لو كان موضوعاً لطلب الماهية لكان استعماله في المرة أو التكرار مجازاً، لأن اللفظ الموضوع للأعم إذا استعمل في الأخص كان مجازاً.

وأيضاً: الألفاظ موضوعة للمعاني الذهنية، ومن المعلوم أن المعاني الخارجية غير المعاني الذهنية، وبذلك يكون استعمال لفظ الأمر في التكرار أو المرة استعمالا له في غير ما وضع له فيكون مجازاً، وفي ذلك تكثير للمجاز وهو خلاف الأصل، فوجب الرجوع إلى القول بأنه حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر، تقليلاً للمجاز[1].

وأجيب عن ذلك:

بأن استعمال الأمر في المرة أو التكرار ليس استعمالاً له في الأخص من حيث خصوصه حتى يكون مجازاً فيهما، وإنما هو استعمال للأعم في الأخص من حيث إن الأعم يتحقق في الأخص، ولا نسلم أن استعمال الأعم في الأخص من حيث إن الأخص يحقق الأعم يكون مجازاً. وكيف يكون مجازاً والأخص من الأفراد التي وضع لها اللفظ.

والقول بأن الألفاظ وضعت للمعاني الذهنية، وأن المعاني الذهنية غير المعاني الخارجية، وبذلك يكون استعمال اللفظ في المعاني الخارجية مجازاً غير مسلم، لأن المعاني الخارجية وإن

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٣٧ – ٣٨.

كانت غير المعانى الذهنية إلا أن استعمال اللفظ فى المعانى الخارجية حقيقة، لأن المعانى الخارجية محققة للمعانى الذهنية كتحقيق العام فى الخاص، وكما قلنا: إن استعمال الأعم فى الأخص من حيث إن الأخص يحققه من قبيل الحقيقة وليس من قبيل المجاز[1].

واستدلوا ثالثاً فقالوا:

إن الأمر المطلق لو كان دالاً على التكرار للزم من ذلك أمران:

الأول: أن يكون الفعل المأمور به مستغرقاً لجميع الأزمنة التى يعيشها المكلف، لأن الآمر لم يعين زمنا للفعل، فتخصيصه ببعض الأزمنة - دون البعض- يعتبر تحكماً وترجيحاً بلا مرجح، ولا شك أن ذلك تكليف بما لا يطاق.

والثانى: أن يكون الأمر الثانى ناسخاً للأمر وإذا لم يمكن الجمع بين الأمرين، كما لو أمره بصلاة ثم أمره بصلاة أخرى، أو أمره بصوم ثم أمره بصوم آخر، لأن استغراق الفعل الأول للزمان يزول باستغراق الفعل الثانى لهذا الزمان، فيكون المتأخر ناسخاً للمتقدم.

وكلا الأمرين باطل، أما الأول: فلأن وقوع التكليف بما لا يطاق متفق على منعه لقوله سبحانه وتعالى ﴿ **لا يكلف الله نفساً إلا وسعها** ﴾[2].

---

[1] أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٥٤- ١٥٥.

[2] سورة البقرة، من الآية/ ٢٨٦.

وأما الثانى: فلأنه لم يوجد من يقول إن الأمر الثانى لا يعتبر ناسخاً للأمر الأول إذا كان الأمران بفعلين من جنس واحد.

وإذا ثبت بطلان دلالة الأمر على التكرار، كان الأمر دالاً على مطلق الطالب من غير تقييد بمرة أو مرات وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأنا لا نسلم أن هذا الدليل يلزم منه التكليف بما لا يطاق، لأن من يقول بأن الأمر يفيد التكرار اشترط لذلك شرطاً وهو أن يكون الإتيان بالفعل ممكناً، ومع وجود هذا الشرط لا يكون هناك تكليف بما لا يطاق.

وأيضاً لا يلزم منه النسخ، لأن النسخ إنما يلزم إذا كان الأمر الثانى مطلقاً غير مخصص ببعض الأوقات شرعاً أو عقلاً، ومثل هذا غير واقع فى الشرع، ولو وقع لالتزم الخصم وقوع النسخ، وأما إذا كان الأمر الثانى مخصوصاً ببعض الأوقات، فلا يلزم منه نسخ الأول بل تخصيصه، ولا امتناع فى ذلك[1].

واستدل أصحاب المذهب الثانى بما يأتى:

أولاً: أن سيدنا أبا بكر - ﷺ - قاتل مانعى الزكاة واستند فى تكرار الزكاة عليهم إلى قوله سبحانه وتعالى

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٣٨، مناهج العقول جـ٢ ص ٣٦- ٣٧، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٥٠- ٥١.

﴿ وآتوا الزكاة ﴾[1]، وكان ذلك بحضرة الصحابة فلم يخالفوه فيما استند إليه، فكان ذلك إجماعاً سكوتيا منهم على أن الأمر يفيد التكرار، وإلا لما سكتوا على تلك المخالفة، ولما صح لأبى بكر أن يقاتل مانعى الزكاة لكونهم قد امتثلوا بدفع الزكاة فى عهد النبى – ﷺ – .

نوقش هذا الدليل:

بأنه يجوز أن يكون سيدنا أبو بكر ومن معه من الصحابة قد فهموا أن الأمر فى الآية للتكرار بواسطة قرائن خارجية، ككون الرسول – ﷺ – أخذها منهم مراراً فى أعوام متعددة، والأمر إذا انضمت إليه قرينة تدل على التكرار يفيد التكرار اتفاقاً وليس ذلك من محل النزاع، وإذا ثبت أن وجوب التكرار ثابت بالقرائن الخارجية وليس بدلالة الأمر المطلق، كان موضوعاً لمطلق الطلب، وإنما قلنا هذا جمعا بين الأدلة[2].

واستدلوا ثانياً فقالوا:

الأمر كالنهى بجامع أن كلا منهما يفيد الطب، والنهى يفيد التكرار فيكون الأمر مفيداً للتكرار كذلك.

نوقش هذا الدليل بما يأتى:

١- هذا قياس فى اللغة، واللغة لا تثبت بالقياس، إنما تثبت بالنقل عن الواضع، بأنه وضع الأمر لمطلق الطلب، أو التكرار،

---

(١) سورة البقرة، من الآية/ ٤٣.

(٢) نهاية السول جـ٢ ص ٤٠ ، مناهج العقول جـ٢ ص ٣٨، الإبهاج جـ٢ ص ٥١-٥٢.

فقياس الأمر على النهى باطل.

٢- سلمنا أن اللغة تثبت بالقياس، ولكن قياس الأمر على النهى بجامع الطلب بينهما قياس مع الفارق، وذلك لأن النهى يقتضى عدم الماهية وعدمها إنما يكون بعدم الإتيان بها فى أى فرد من أفرادها، بخلاف الأمر فإنه يقتضى طلب الماهية، والماهية تتحقق ولو بفرد واحد من أفرادها، فمقتضى التكرار موجود فى النهى وليس موجوداً فى الأمر.

٣- نمنع أن يكون النهى مقتضيا للتكرار، بل نقول إن النهى كالأمر فما ثبت للأمر يثبت النهى، ونحن ننازع فى أن الأمر يفيد التكرار فيكون النهى مثله[١].

واستدلوا ثالثاً فقالوا:

لو لم يدل الأمر المطلق على التكرار، لكان دالاً على المرة، وحينئذ يلزم امتناع ورود النسخ وعدم جوازه، لأن النسخ قبل الفعل يلزم منه البداء وهو ظهور المصلحة بعد خفائها وهو على الله تعالى محال، والنسخ بعد الفعل ممتنع أيضاً لكونه عبثاً لعدم التكليف، والعبث على الله تعالى محال فبعد الفعل ليس هناك تكليف حتى يجوز نسخه، والنسخ جائز وواقع، فدل على أن الأمر يفيد التكرار وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن هذا الدليل خارج عن محل النزاع، لأن محل النزاع فى الأمر المطلق المجرد عن القرائن، ونحن نقول: إنه يدل على مطلق الطلب، وهذا الدليل إنما أثبت دلالة الأمر على التكرار

---

[١] الإبهاج جـ٢ ص٥٢، مناهج العقول جـ٢ ص ٣٨- ٣٩.

بالقرينة فالنسخ قرينة على إفادة الأمر التكرار، ونحن لا نمنع ذلك، لأن ورود النسخ للأمر دليل على أنه للتكرار.

الثاني:

لا نسلم عدم جواز النسخ قبل الفعل، بل هو جائز ولا يلزم منه البداء، والمصلحة لا تخفى على الله سبحانه وتعالى، بل النسخ قبل الفعل جائز وواقع، فقد أمر سيدنا إبراهيم -عليه السلام- بذبح ابنه، والأمر بالذبح لا يفيد التكرار، ومع ذلك نسخ الأمر قبل الفعل، وبهذا بطلت دعواكم من أن الأمر المطلق يفيد التكرار، وثبت أنه موضوع لمطلق الطلب وهو المطلوب[1].

واستدل أصحاب المذهب الثالث:

بأن الأمر عند إطلاقه يتبادر منه المرة، ولذلك يعتبر الشخص ممتثلاً بفعل المأمور به مرة واحدة، فلو قال السيد لعبده: ادخل الدار يفهم منه طلب الدخول مرة واحدة ولا يعقل إلا هذا، فإذا دخل مرة كان ممتثلاً أما المرة الثانية والثالثة فغير مأمور بها، فدل ذلك على أن الأمر موضوع للمرة الواحدة وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بمنع تبادر المرة من الأمر المطلق، بل الواقع أن الأمر لا يتبادر منه شئ، وامتثال المأمور بفعل المرة إنما جاء من جهة أن المرة هى أقل ما يتحقق به الامتثال، وليس لكون الأمر موضوعا للمرة بخصوصها، فإن من وكل غيره بتطليق زوجته،

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٤٠- ٤١، مناهج العقول جـ٢ ص ٣٩، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص٥٢.

ليس له إلا تطليقة واحدة، لكون الأمر المطلق لا يتحقق إلا بها لأنها فرد من أفراده، والتوكيل يضمحل بها، أي ينتهي عقد التوكيل بقيام الموكل بما كلف به وهو التطليقة الواحدة[1].

واستدل أصحاب المذهب الرابع بما يأتي:

أولاً: لو كان الأمر دالاً على المرة أو التكرار لما حسن الاستفسار عند سماع صيغة "افعل" لظهور المراد منها، لكن الاستفسار حسن وجائز عند سماع تلك الصيغة هل المراد من الأمر مرة أو مرات؟ بدليل أن الأقرع بن حابس وهو من أهل اللسان لما سمع النبى - ﷺ - يقول (يا أيها الناس إن الله قد فرض عليكم الحج فحجوا)[2] قال أفي كل عام يا رسول الله أم في عامنا هذا؟ فلم ينكر الرسول - ﷺ - استفساره فكان حسناً، وهو لم يستفسر إلا لفهمه أن الأمر يحتمل أكثر من معنى، فدل هذا على الاشتراك، فيجب التوقف.

نوقش هذا الدليل:

لا نسلم أن حسن الاستفسار دليل على الاشتراك، بل قد يكون لجهل السامع بالمعنى المراد من الأمر، أو يكون لتأكيده فينتقل من الظن إلى اليقين، فيحسن الاستفسار عن أفراد

---

[1] مناهج العقول جـ٢ ص ٤٠ - ٤١، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، جـ١ ص ٣٨٣، شرح العضد جـ٢ ص ٨٣.

[2] أخرجه الإمام مسلم عن أبي هريرة - صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الحج- فرض الحج مرة في العمر جـ٣ ص ٤٨١- ٤٨٢.

المتواطئ إذا ورد كأن يقال: اعتق رقبة، فيستفسر عنها أمؤمنة هى أم كافرة سليمة أم معيبة ويحسن ذلك[1].

ثانياً: لو كان الأمر موضوعاً للمرة أو التكرار لثبت ذلك بدليل وهو إما العقل، ولا مدخل للعقل فى اللغات، أو النقل: وذلك إما بطريق الآحاد والآحاد لا تكفى لأنها لا تفيد إلا الظن.

وإما بطريق التواتر لأنه يرفع الخلاف وهو غير موجود هنا، بدليل وجود الاختلاف فى هذا، فيتعين القول بالتوقف.

وأجيب عن ذلك:

بأنا نختار أن الأمر موضوع لمطلق الطلب، وهو لا يتحقق إلا بوجود الفعل مرة، وثبت هذا بدليل ظنى وهو كافٍ هنا[2].

وبعد ذكر المذاهب وأدلتها ومناقشتها يتبين لنا رجحان المذهب الأول: من أن الأمر المطلق لا يدل على المرة ولا على التكرار، وإنما يدل على طلب الماهية من غير إشعار بمرة أو تكرار، إلا أنه لا يمكن إدخال تلك الماهية فى الوجود بأقل من المرة الواحدة، فصارت المرة من ضروريات الإتيان بالمأمور به، وليست المرة مما وضع له الأمر.

ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام الشوكانى حيث قال: بعد ذكر المذاهب وأدلتها "إذا عرفت جميع ما حررناه، تبين أن القول الأول هو الحق الذى لا محيص عنه، وأنه لم يأت أهل الأقوال المخالفة له بشئ يعتد به"[3].

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٤١، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٥٣.
[2] مناهج العقول جـ٢ ص ٤٠، شرح العضد جـ٢ ص ٨٣.
[3] إرشاد الفحول ص٩٩.

ثمـــرة الخلاف

تفرع على الخلاف السابق بعض الفروع منها ما يلى:

الفرع الأول: الصلاة بتيمم واحد عدداً من الفرائض:

ذهبت الشافعية والمالكية إلى أن المتيمم لا يصلى إلا فريضة واحدة وله أن يصلى ما شاء من النوافل، وإليه ذهب ابن جرير الطبرى[1].

وذهبت الحنفية إلى أن المتيمم يصلى بالتيمم ما شاء من الفرائض والنوافل، ولا ينتقض التيمم إلا بما ينتقض به الوضوء او برؤية الماء، وإلى مثل ذلك ذهب ابن حزم، وهو مذهب الحسن[2].

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا تيمم صلى الصلاة التى حضر وقتها، وصلى به فوائت إن كانت عليه، والتطوع إلى أن يدخل وقت صلاة أخرى ولا يصلى بالتيمم فريضتين فى وقتين[3].

دليل الجميع:

قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم إلى الكعبين وإن كنتم جنبا فاطهروا وإن كنتم**

---

(1) مغنى المحتاج للشربينى جـ١ ص ١٠٣- دار إحياء التراث العربى، بيروت، قوانين الأحكام الشرعية الفقهية لابن جزى الغرناطى ص ٤٣ تحقيق طه سعد- عالم الفكر، الشرح الكبير للشيخ الدردير جـ١ ص ١٥١- مطبعة عيسى الحلبى.

(2) فتح القدير لابن الهمام جـ١ ص ٩٥- مطبعة مصطفى محمد بمصر.

(3) المغنى لابن قدامة جـ١ ص ٢٦٦- ٢٦٧- طبعة سنة ١٩٧٢م- دار الكتاب العربى بيروت لبنان.

مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [1].

فمن ذهب إلى أن الأمر لا يقتضى التكرار،لم يوجب التيمم لكل فريضة، كما لم يوجب الوضوء لكل فريضة أيضاً.

ومن ذهب إلى أنه يقتضى التكرار، أوجب تكرار الوضوء والتيمم لكل فريضة، إلا أنه ادعى أن الأمر بتكرار الوضوء قد نسخ، فبقى التكرار فى التيمم قائماً، أو أن السنة قد أخرجت المتوضئ ما لم يحدث، فلم توجب عليه تكراراً[2].

قال ابن جرير الطبرى بعد أن عرض القولين، قال : "وأولى القولين فى ذلك عندنا بالصواب من قال :يتيمم المصلى لكل صلاة لزمه طلب الماء للتطهر لها فرضاً، لأن الله جلّ ثناؤه أمر كل قائم إلى الصلاة بالتطهر بالماء، فإن لم يجد الماء فالتيمم، ثم أخرج القائم إلى الصلاة من كان قد تقدم قيامه إليها الوضوء بالماء، سنة رسول الله – ﷺ – إلا أن يكون قد أحدث حدثا ينقض طهارته، فيسقط فرض الوضوء عنه بالسنة، وأما القائم إليها وقد تقدم قيامه إليها بالتيمم لصلاة قبلها، ففرض التيمم له لازم بظاهر التنزيل، بعد طلبه الماء إذا أعوزه"[3].

---

[1] سورة المائدة، من الآية/ ٦.

[2] أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية للخن ص ٣٢١، تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص ٧٧- ٧٨- الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٢م مؤسسة الرسالة بيروت.

[3] تفسير ابن جرير الطبرى جـ٥ ص ١١٥.

الفرع الثانى: الأمر بإجابة المؤذن:

إذا سمع مؤذناً بعد مؤذن، فهل يستحب إجابة الجميع لقوله - ﷺ - (إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول ثم صلوا علىّ ....)[1] أم تختص الإجابة بالمؤذن الأول؟

فيه خلاف للسلف حكاه القاضى عياض فى شرح صحيح مسلم[2].

وجاء فى الدر المختار: وإذا تكرر الآذان أجاب الأول، سواء أكان مؤذن مسجده أم غيره، لكن قال ابن عابدين: ويظهر لى إجابة الكل بالقول، لتعدد السبب وهو السماع، كما اعتمده بعض الشافعية[3].

وقال الإمام النووى: وإذا سمع مؤذناً بعد مؤذن، فالمختار: أن المتابعة سنة متأكدة يكره تركها لتصريح الأحاديث

---

[1] أخرجه الإمام مسلم وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص- صحيح مسلم بشرح النووى- كتاب الصلاة- استحباب القول مثل قول المؤذن لمن سمعه جـ٢ ص ١٢، سنن أبى داود- كتاب الصلاة- باب ما يقول إذا سمع المؤذن جـ١ ص ١٤٤.

[2] شرح شرح النووى على صحيح مسلم جـ٢ ص١٥- مطبوعات الشعب تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة.

[3] الدر المختار على حاشية ابن عابدين جـ١ ص ٢٦٦- ٢٦٧- طبعة ثانية سنة ١٤٠٧هـ- دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان.

الصحيحة بالأمر بها، وهذا يختص بالأول لأن الأمر لا يقتضى التكرار، وما أصل الفضيلة والثواب فى المتابعة فلا يختص[1].

وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام: إجابة الأول أفضل إلا آذانى الصبح فلا أفضلية فيهما، لتقدم الأول ووقوع الثانى فى الوقت، وإلا آذانى الجمعة لتقدم الأول ومشروعية الثانى فى زمنه - ﷺ - .

وقال الإمام الإسنوى: والذى قاله الشيخ عز الدين أمثل منه أن يقال: إن لم يصلِّ فتستحب الإجابة مطلقاً، ويكون الأول آكد، إلا فى الصبح والجمعة على ما سبق، وإن كان قد صلى، فحيث استحببنا الإعادة فى جماعة أجاب، لأنه مدعو بالآذان الثانى أيضاً، وإلا فلا[2].

الفرع الثالث: إذا قال لآخر: طلق بالإطلاق فماذا يملك؟

إذا قال لأمرأته طلقى نفسك، أو قال لأجنبى طلق عنى فلانه ولم ينو عدداً، فمن قال إن الأمر يقتضى التكرار أجاز للمرأة أو للوكيل الطلاق طلقة واثنتين وثلاثاً.

---

(1) المجموع شرح المهذب للإمام النووى جـ٣ ص ١٢٥- مطبعة الإمام بمصر، مغنى المحتاج للشربينى جـ١ ص ١٤٠- دار إحياء التراث العربى بيروت.

(2) التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول للإسنوى ص ٢٨٤.

وأما من قال لا يقتضى التكرار فعنده لا تملك المرأة أو الوكيل إلا طلقة واحدة[1].

الفرع الرابع: قطع يسرى السارق:

قال الحنفية: لا يجوز قطع يسرى السارق، إذا سرق ثانية، لأن الأمر فى قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[2] لا يقتضى التكرار ولا يحتمله فلا تقطع من الأيدى إلا يمين السارق[3].

وقال الشافعية: أن السارق يؤتى على أطرافه الأربعة عملا بالآية السابقة، لأن الأمر مقتضاه التكرار فيتكرر بتكرر السرقة[4].

وكذلك إذا تكررت السرقة فى العين الواحدة، فيتكرر القطع عند الشافعية، ولا يتكرر عند الحنفية.

---

[1] اثر الاختلاف فى القواعد الأصولية للخن ص ٣٢٢.

[2] سورة المائدة ، من الآية/ ٣٨.

[3] كشف الأسرار للبزدوى جـ١ ص ١٣١ وما بعدها، أحكام القرآن للجصاص جـ٤ ص ٧١ وما بعدها، اللباب فى شرح الكتاب جـ٣ ص ٢٠٨ الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٩م- دار الحديث حمص بيروت.

[4] تكملة المجموع شرح المهذب للأستاذ محمد حسين العقبى جـ١٨، ص ٣٣٣- مطبعة الإمام بمصر.

المبحث الخامس

فيما يفيده الأمر المعلق بشرط أو صفة

إذا علق الأمر على شرط مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **وإن كنتم جنباً فاطهروا** ﴾[1] وقوله: " إذا زالت الشمس فصلوا"، أو علق على صفة مثل قوله سبحانه وتعالى ﴿ **الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾[2] وقوله سبحانه وتعالى ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[3] فهل يقتضى تكرار المأمور به بتكرار الشرط والصفة أم لا؟ خلاف بين الأصوليين فى ذلك فالقائلون بأن الأمر المطلق يفيد التكرار اتفقوا على أن الأمر المعلق على شرط أو صفة يفيد التكرار كذلك.

وأما القائلون بأن الأمر المطلق لا يفيد التكرار، فقد اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن الأمر يتكرر بتكرر الشرط والصفة من جهة اللفظ.

المذهب الثانى: أن الأمر المعلق على شرط أو صفة لا يقتضى تكرار الأمر بتكرار الشرط والصفة لا من جهة اللفظ ولا من جهة القياس، وإلى هذا ذهب الآمدى وابن الحاجب وأبو إسحاق الشيرازى.

المذهب الثالث: أن الأمر المعلق على الشرط أو الصفة لا يقتضى التكرار بتكرار الشرط والصفة من جهة اللفظ، إنما

---

[1] سورة المائدة، من الآية/ ٦.
[2] سورة النور، من ألآية/ ٠٣.
[3] سورة المائدة، من الآية/ ٣٨.

يقتضى تكرار الأمر بتكرار الشرط والصفة من جهة القياس، وإلى هذا ذهب الإمام الرازى والقاضى البيضاوى[١].

وقبل ذكر أدلة المذاهب لابد من تحرير محل النزاع فى هذه المسألة، حيث حرر الآمدى وابن الحاجب والهندى محل النزاع فيها فقالوا: ما علق به المأمور من الشرط أو الصفة، إما أن يثبت كونه علة لوجوب الفعل المأمور به، كالزنا، فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ **الزانية والزانى فاجلدوا** ﴾ وقولنا: إن كان هذا المائع خمراً فهو حرام، فإن الحكم يتكرر بتكرره اتفاقاً من القائلين بالقياس.

وإن لم يثبت كونه علة، بل توقف الحكم عليه من غير تأثير له، كالإحصان الذى يتوقف عليه الرجم فهو محل الخلاف[٢].

أما الإمام الرازى: فقد أجرى الخلاف مطلقاً، ولم يُفصّل فى هذه المسألة[٣].

ولقد وَفّق الإمام الزركشى بين كلام الآمدى والإمام الرازى فقال: "وقد يجمع بينهما: بأن الآمدى فرض الكلام مع القائلين بأن ترتيب الحكم على الوصف يفيد العلية، والإمام تكلم فى أصل المسألة، مع الخلاف فى الموضعين"[٤].

---

[١] الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٤٩- ١٥٠، شرح العضد جـ٢ ص ٨٣، المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٢٤٣، شرح الإسنوى نهاية السول جـ٢ ص ٤٢- ٤٣، البحر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٣٨٨ وما بعدها، اللمع ص ٨.

[٢] الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٥٠، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨٣، البحر المحيط جـ٢ ص ٣٨٩، الإبهاج جـ٢ ص ٥٤.

[٣] المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٢٤٣.

[٤] البحر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٣٨٩.

الأدلـــة

أستدل أصحاب المذهب الأول:

بأنه لو لم يكن الأمر المعلق على شرط أو صفة مفيداً للتكرار لفظاً لما تكرر المأمور به بتكرار الشرط أو الصفة، لكن المأمور به يتكرر بتكرار الشرط أو الصفة، فكان الأمر المعلق بكل منهما مفيداً للتكرار لفظاً، لأن الأصل فى الإفادة أن تكون بواسطة اللفظ.

دليل الملازمة:

أن تكرار المأمور به تابع للتكليف به، والتكليف إنما يستفاد من الخطاب، فإذا لم يكن الخطاب مفيداً للتكرار لم يكن المكلف مكلفاً بالتكرار.

دليل الاستثنائية:

قوله سبحانه وتعالى ﴿ **وإن كنتم جنباً فاطهروا** ﴾[١].

وقوله سبحانه وتعالى ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[٢] فإن الغسل يتكرر بتكرر الجنابة، والقطع يتكرر بتكرر السرقة.

نوقش هذا الدليل:

بأن تكرر الحكم فيما ذكرتم جاء من جهة أن كلا من الشرط والوصف قد قام الدليل على أنه علة للحكم، والمعلول يتكرر بتكرر علته اتفاقاً، ولذلك إذا لم يثبت أن الشرط علة للحكم، لا يتكرر الحكم بتكرر الشرط كالأمر بالحج فإنه معلق بشرط هو الاستطاعة ومن المتفق عليه أن الحج لا يتكرر

---

[١] سورة المائدة، من الآية/ ٦.

[٢] سورة المائدة، من الآية/ ٣٨.

بتكررها، ومن هنا يعلم أن اللفظ بمقتضاه لم يفد التكرار، ولكن التكرار قد يستفاد من شئ آخر ككون الشرط أو الوصف علة للحكم، وهذا خارج عن محل النزاع[1].

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

أولاً:

استدلوا على أن الأمر المعلق على شرط أو صفة لا يفيد التكرار من جهة اللفظ: بأن الأمر المعلق بشرط أو صفة يقتضي توقف الأمر على الشرط أو تلك الصفة، وذلك التوقف محتمل لأن يكون بالنسبة للمرة الواحدة وبالنسبة لجميع المرات، والدال على الأعم من حيث هو أعم لا دلالة له على الأخص من حيث خصوصه، وبذلك لا يكون الأمر المعلق بشرط أو صفة دالاً على تكرار الأمر بتكرار الشرط أو الصفة.

ثانيـــاً:

استدلوا على أنه لا يفيد التكرار من جهة القياس: بأن تعليق الأمر على الشرط أقوى من تعليقه على العلة، لأن العلة تتعدد والشرط لا يتعدد، وتعليق الأمر على الشرط لا يدل على تكرار المشروط بتكرار الشرط، فإن من قال لوكيله: طلق زوجتي إن دخلت الدار، لا يقتضي هذا القول الإذن للوكيل بتعدد الطلاق تبعاً لتعدد الشرط وهو الدخول، فتعليق الأمر على العلة لا يدل على تكرار المعلول بتكرار العلة بطريق الأولى، وإذا ثبت ذلك ثبت أن تعليق الأمر على الشرط أو الصفة لا يدل على التكرار، لأن أقصى ما يفيده التعليق عليهما العلية، وقد قلنا إن تعليق الأمر على العلة لا يفيد تكرار المعلول بتكرار علته.

---

[1] أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٦١– ١٦٢.

نوقش هــذا:

بأن العلة أقوى من الشرط لأنها تؤثر بطرفي الوجود والعدم. والشرط إنما يؤثر بطرف العدم فقط، ولذلك قالوا يلزم من وجود العلة وجود المعلول ومن عدمها عدم المعلول، ويلزم من عدم الشرط عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط، وإذا يكون تعليق الحكم على العلة أقوى من تعليقه على الشرط.

وإذا ثبت أن ترتيب الأمر على الوصف أو الشرط يفيد أن كلا منهما علة للأمر، فقد ثبت أن تعليق الأمر بكل منهما يفيد التكرار من جهة القياس لأن العلة كلما وجدت يوجد المعلول[1].

واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يأتي:

أولاً:

استدلوا على أن الأمر المعلق على شرط أو صفة لا يفيد التكرار من جهة اللفظ بوجهين:

الأول: أن ثبوت الحكم مع الصفة أو الشرط يحتمل التكرار، كالأمر بالطهارة المعلق على شرط الجنابة، وكالأمر بالقطع المعلق على السرقة.

ويحتمل عدم التكرار كما إذا قال السيد لعبده: إن دخلت السوق فاشتر اللحم، فهو يعد ممتثلاً باشترائه مرة، فإذا احتملها كان أعم، والعام لا يقتضي الخاص، وبذلك لا يكون اللفظ دالاً على التكرار بخصوصه.

---

[1] الإحكام للآمدي جـ٢ ص ١٥١، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨٣، اللمع في أصول الفقه للشيرازي ص ٨، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٦٠- ١٦١.

الثانى: لو قال الشخص لوكيله: إن دخلت زوجتى الدار فطلقها، لا يقتضى هذا القول الإذن للوكيل فى طلاق الزوجة كلما دخلت الدار، بل الوكيل لا يملك إلا إيقاع الطلاق عليها مرة واحدة عند حصول الشرط، ولو كان الأمر مقتضياً للتكرار لفظاً، لكان الوكيل مأذوناً بإيقاع الطلاق أكثر من مرة.

ثانياً:

استدلوا على أن الأمر المعلق على شرط أو صفة يفيد التكرار قياساً: بان ترتب الحكم على الشرط أو الصفة يدل على أن كل منهما علة للحكم، ولاشك أن المعلول يتكرر بتكرر علته، فيكون الأمر المعلق بالشرط أو الصفة مفيداً للتكرار بالقياس.

نوقش هذا الدليل:

بأنه منقوض بقول الشخص لوكيله: إن دخلت زوجتى الدار فطلقها، فإن هذا أمر معلق على شرط وهو يقتضى أن الشرط علة فى الطلاق، ومع ذلك لم يتكرر الطلاق بتكرر الشرط.

وأجيب عن ذلك:

بأن هذا التعليق وإن أفاد أن الشرط علة للطلاق إلا ان هذه العلة لا تعتبر، لأن الشارع الحكيم لم يجعل الدخول علة للطلاق، وإنما الذى جعله هو الشخص المطلق ولا عبرة بجعله هذا، لأنه ليس له سلطة التشريع فى الأحكام، وهذا هو السر فى أن الطلاق لم يتكرر بتكرر الدخول[1].

---

[1] مناهج العقول جـ٢ ص ٤١- ٤٢، نهاية السول جـ٢ ص ٤٣- ٤٤، الإبهاج جـ٢ ص ٥٦- ٥٧.

المبحث السادس

هل الأمر المطلق يفيد الفور أو التراخى؟

الأمر إما أن يكون مقيداً بزمن يقع فيه الفعل، أو يكون غير مقيداً بزمن، فإن كان مقيداً بزمن سواء أكان الزمن مساوياً للفعل كشهر رمضان، فإنه مساو للصوم المأمور به، أم كان الزمن أزيد من الفعل كوقت الظهر، فإنه أكثر من الفعل المأمور به، ولا خلاف فى أن الأمر المقيد بزمن يفيد إيقاع الفعل فيما قيد به من الزمن.

أما إذا كان الأمر غير مقيد بزمن يقع فيه الفعل، بأن كان أمراً مطلقاً فهل يدل على الفور، أم على التراخى؟.

اختلف الأصوليون فى ذلك: فالقائلون بأن الأمر المطلق يفيد التكرار، اتفقوا على أنه يفيد الفور كذلك، لأن التكرار يقتضى استيعاب الزمن بالفعل، والاستيعاب يلزمه الإتيان بالفعل فى أول زمان الإمكان وهو ما يقصد من الفور.

وأما القائلون بأن الأمر المطلق لا يفيد التكرار، اختلفوا فيما بينهم على مذاهب أربعة:

المذهب الأول:

أن الأمر المطلق لا يدل على الفور وعلى التراخى، وإنما يدل على طلب الفعل فقط، وإلى هذا ذهب الجمهور من الشافعية والحنفية، واختاره الآمدى وابن الحاجب والإمام الرازى والقاضى البيضاوى.

المذهب الثانى:

أن الأمر المطلق يفيد الفور، أى الإتيان بالفعل المأمور به فى أول زمن يمكنه الإتيان به بحيث إذا أخر المكلف عنه يكون عاصياً بالتأخير، وإلى هذا ذهب الكرخى من الحنفية وبعض المالكية و الحنابلة.

المذهب الثالث:

أن الأمر المطلق يدل على الفور، فيجب الفعل فى أول الوقت، أو العزم على الإتيان به فى ثان الحال، وإلى هذا ذهب القاضى أبو بكر الباقلانى.

المذهب الرابع:

الأمر مشترك لفظى بين الفور والتراخى، فلا يفيد واحداً منهما بخصوصه إلا بقرينة. فإن لم توجد القرينة على أحدهما بخصوصه توقف فى فهم المراد منه حتى تقوم القرينة، وإلى هذا ذهب إمام الحرمين الجوينى[1].

---

[1] الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٥٣- ١٥٤، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨٤، المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٢٤٧، نهاية السول جـ٢ ص ٤٧، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٥٦- ٣٥٧، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٨٧- ٣٨٨، إحكام الفصول فى أحكام الأصول للباجى ص ٢١٢- طبعة أولى سنة ١٩٨٦م- دار الغرب الإسلامى بيروت، البرهان لإمام الحرمين جـ١ ص ١٦٨، وما بعدها، المسودة فى أصول الفقه ص ٢٤- مطبعة المدنى بمصر.

الأدلـــــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أولاً:

أن الأمر المطلق يصح أن يرد مقيداً بالفور أو التراخى، كما يقال: افعل هذا الآن، أو بعد شهر، وليس فيه تكرار ولا نقض، إذ لو كان الأمر دالاً على الفور لكان تقييده بالفور تكراراً وبالتراخى نقضاً، ولو كان دالاً على التراخى لكان تقييده به تكراراً وبالفور نقضاً، ولزوم التكرار أو النقض باطل، وإذا ثبت صحة تقييد الأمر بالفور والتراخى من غير لزوم نقض أو تكرار، كان الأمر دالاً على مطلق طلب الفعل ولا يدل على فور ولا على تراخٍ وهو المطلوب والمدعى.

ثانياً:

أن الأمر المطلق ورد مع الفور فى قوله سبحانه وتعالى ﴿آمنوا بالله ورسوله﴾[1] كما ورد مع التراخى فى قول الرسول - ﷺ - (إن الله كتب عليكم الحج فحجوا)[2].

فيلزم من ذلك أن يكون موضوعاً للقدر المشترك، وهو طلب الفعل فيكون الأمر حقيقة فيه، وإلا لـلزم الاشتراك أو المجاز وهما خلاف الأصل[3].

---

[1] سورة الحديد، من الآية/ ٧.

[2] أخرجه الإمام مسلم عن أبى هريرة - صحيح مسلم بشرح النووى كتاب الحج- فرض الحج مرة فى العمر جـ٣ ص ٤٨١- ٤٨٢.

[3] نهاية السول جـ٢ ص ٤٧، مناهج العقول جـ٢ ص ٤٥، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٥٩.

واستدل أصحاب المذهب الثانى بما يأتى:

أولاً:

بقوله سبحانه وتعالى لإبليس عليه اللعنة ﴿ **ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك** ﴾ [1].

وجه الاستدلال من الآية:

أن الأمر الوارد فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ **اسجدوا لآدم** ﴾ [2]، يدل على الفور، فلو لم يكن الأمر دالاً على الفور لما ذم الله تعالى إبليس على تركه السجود لسيدنا آدم، ولكان لإبليس أن يقول: فيم الذم؟ وأنت لم تأمرنى بالسجود فى الحال ولى أن اسجد فى المستقبل، وإذا ثبت الذم على ترك المأمور به، ثبت أن الأمر يدل على الفور وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأنا لا نسلم بأن الأمر الوارد فى الآية بالسجود يدل على الفور بمجرده، إنما دل على الفور بالقرينة فهى التى أثبتت الفورية ودلت عليها، وهذه القرينة الواردة فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ **فإذا سويته ونفخت فيه من روحى فقعوا له ساجدين** ﴾[3].

فالأمر بالسجود لسيدنا آدم مقيد بزمن التسوية ونفخ الروح فيه، بقرينة قوله سبحانه وتعالى ﴿ **فقعوا له ساجدين** ﴾

---

(1) سورة الأعراف، من الآية/ ١٢.

(2) سورة الأعراف، من الآية ١١.

(3) سورة الحجر، آية/ ٢٩، سورة ص، آية/ ٧٢.

فإن الفاء للتعقيب والترتيب فتدل على الفور، فيكون وقوع السجود زمن تسويته ونفخ الروح فيه، فالفور ثابت بالقرينة لا مجرد الأمر، فيكون هذا الدليل خارج عن محل النزاع[1].

ثانياً:

استدلوا بقوله سبحانه وتعالى ﴿ **وسارعوا إلى مغفرة من ربكم** ﴾ [2].

وجه الاستدلال من الآية:

أن الله تعالى أمر بالمسارعة، وهى التعجيل بفعل الطاعة المأمور به لأنه سبب فى مغفرة الله تعالى، والمغفرة من فعل الله، لا من فعل العبد، فالأمر بالمسارعة إلى مغفرة الله تعالى مجاز من باب اطلاق اسم المسبب وإرادة السبب، لأن فعل الطاعة سبب فى المغفرة، وإذا ثبت الأمر بالمسارعة والتعجيل إلى فعل المأمورات، والأمر يقتضى الوجوب كانت المسارعة وهى المبادرة إلى فعل المأمور به واجبة، وبذلك يثبت أن الأمر يدل على الفور، لأن معنى المسارعة التعجيل بفعل المأمور به، ولا معنى للفور إلا هذا، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

إنا لا نسلم أن الفورية مستفادة من الأمر، إنما استفيدت

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٤٧- ٤٨، مناهج العقول جـ٢ ص ٤٥، الإبهاج فى شرح المنهاج جـ٢ ص ٥٩- ٦٠، إرشاد الفحول ص ١٠٠- ١٠١.

[2] سورة آل عمران، من الآية/ ١٣٣.

من مادة المسارعة، فإن هذه المادة تفيد الفور سواء وقعت في الخبر أو وقعت في الإنشاء وبذلك لا يكون نفس الأمر مفيداً للفور.

وإن أريد أن الآية أفادت التعجيل بفعل المأمورات، والتعجيل بفعلها هو ما يقصد بالفور، وبذلك تكون الآية دالة على أن الأوامر الطالبة لفعل هذه المأمورات للفور فهذا مسلم، ولكن الفورية إذا لم تستفد من نفس الصيغة إنما استفيدت بقرينة خارجة عن صيغة الأمر، وليس ذلك من محل النزاع.

الثاني:

لا نسلم أن الآية دالة على الفورية في الأوامر، لأن المسارعة، معناها مباشرة الفعل في وقت مع جواز الإتيان به في وقت آخر، وبذلك تكون الآية مفيدة لجواز التراخي، فلا يكون الأمر للفور، وعليه فلا يثبت المدعى[1].

ثالثاً:

استدلوا بأن لو لم يكن الأمر للفور لكان التأخير جائزاً، لكن التأخير غير جائز، فكان الأمر مفيداً للفور، وهو المطلوب والمدعى.

أما الملازمة: فإن الأمر إما أن يكون موجباً للفور، فيتعين الإتيان بالفعل في أول زمن الإمكان ولا يجوز التأخير، وإما أن

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٤٨، مناهج العقول جـ٢ ص ٤٥- ٤٦، الإبهاج في شرح المنهاج جـ٢ ص ٦١.

يكون غير موجب للفور فيجوز التراخى بالفعل فى أى وقت من الأوقات.

وأما الاستثنائية فمن وجهين:

الأول: أن جواز التأخير إما أن يكون مشروطاً بالإتيان ببدل الفعل وهو العزم، أو غير مشروط بذلك، فإن كان مشروطاً بالبدل: اقتضى ذلك أن المكلف متى أتى بالبدل فقط سقط عنه الفعل، لأن شأن البدل أن يقوم مقام المبدل منه وهو باطل، لأن الأمر لا يسقط إلا بالفعل.

وإن كان غير مشروط بالبدل لم يكن الفعل واجباً، لأنه قد جاز تركه بغير بدل، ولا معنى لغير الواجب إلا ما جاز تركه بلا بدل.

الثانى: أن جواز التأخير إما أن يكون مؤقتا بوقت ينتهى إليه، أو غير مؤقت بوقت وكلا الأمرين باطل، لأن التأخير إن كان مؤقتاً بوقت تعين أن يكون هذا الوقت هو الوقت الذى يخاف فيه المكلف عدم الإتيان بالمأمور به لو أخر إليه، وهذا هو وقت كبر السن أو المرض الشديد وظاهر أن هذا ليس مضبوطاً، لأن المكلف قد يموت وهو صغير وقد يموت فجأة، دون أن يمرض، وقد يموت غيلة، مقتضى هذا أن المكلف فى هذه الحالة لا يكون آثماً بعدم الإتيان، لأن التأخير كان جائزاً، وإذا لم يأثم بالترك لم يكن الفعل واجباً عليه وهو باطل، لأن الأمر يفيد الوجوب.

وإن كان التأخير غير مؤقت بوقت ينتهى إليه اقتضى أن التأخير إلى أى وقت شاء جائز للمكلف، وهذا يوجب جواز

الترك دائماً، وجواز الترك دائماً يقضى بأن الفعل غير واجب، وهو باطل.

نوقش هذا الدليل:

بأنه منقوض بما إذا صرح الشارع بجواز التأخير، مثل أن يقول: أوجبت عليك هذا الفعل ولك أن تفعله فى أى وقت تشاء، أو ولك التأخير، فإن هذا الأمر يجوز فيه التأخير اتفاقاً وهو غير مؤقت بزمن، ومقتضى هذا أنه يترتب عليه ما رتبوه على جواز التأخير عند عدم التصريح به، فما كان جوابا لكم يكون جواباً لنا[1].

رابعاً:

استدلوا: بأن الأمر كالنهى بجامع الطلب فى كل منهما، والنهى يوجب الفور لأنه يقتضى ترك المنهى عنه فى الحال وإلى الأبد، فكذلك الأمر يقتضى طلب المأمور به على الفور، وفعله فى الحال.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

قياس الأمر على النهى وإثبات الفور فى الأمر قياس فى اللغة، واللغة لا تثبت بالقياس وإنما تثبت بالنقل عن أهل اللغة، فهذا قياس باطل.

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٤٨ - ٤٩، مناهج العقول جـ٢ ص ٤٦، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٥٨، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٨٩ إرشاد الفحول ص ١٠١.

الثانى:

قياس الأمر على النهى قياس مع الفارق، لأن دلالة النهى على الفور ضرورية، وذلك أن النهى يقتضى ترك المنهى عنه عقب وروده لأنه يدل على الامتناع، ولا يتصور التراخى فى الامتناع، فلا يكون الشخص المنهى ممتثلا إلا إذا امتنع وترك المنهى عنه فور علمه بالنهى، بخلاف الأمر فدلالته على الفورية ليست ضرورية، لأنه يدل على طلب حقيقة وماهية الفعل من غير تقييد[1].

واستدل أصحاب المذهب الثالث:

بأن المكلف مخير بين خصال الكفارة على البدل الدال عليها قوله سبحانه وتعالى ﴿ **لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ......الآية** ﴾[2]، فلو أتى بأحدى الخصال أجزأه ذلك وكان ممتثلا، وإذا تركها جميعاً كان عاصياً.

والأمر المطلق تتحقق فيه هذه الظاهرة، بمعنى أن المكلف إن أتى بالمأمور به سقط عنه التكليف، وإن لم يأت به وعزم على الفعل لم يكن عاصياً، فإن ترك الفعل والعزم معاً كان عاصياً، وبذلك يكون العزم قائماً مقام الفعل فى عدم التأثيم،

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٤٩، مناهج العقول جـ٢ ص ٤٧، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٥٧- ٣٥٨، إرشاد الفحول ص ١٠٠.

[2] سورة المائدة، من الآية/ ٨٩.

فيكون الأمر مقتضياً إما الفعل وإما العزم على الفعل، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأن هناك فرقا بين الواجب المخير والواجب المطلق، لأن الواجب المخير يسقط بفعل أى فرد من أفراده، والواجب المطلق لا يسقط إلا بالفعل ولا يسقط بالعزم.

وأيضاً وجوب العزم على المكلف لم يأت من خصوص الأمر الطالب للفعل وإنما جاء من الإيمان لأن الإيمان يحتم على المكلف امتثال الأوامر أو العزم على الامتثال، والكلام فيما يوجبه خصوص الأمر، والأمر إنما يطلب الفعل فقط دون العزم[1].

واستدل أصحاب المذهب الرابع:

بأن طلب الفعل محقق، وجواز التأخير مشكوك فيه، لاحتمال أن يكون للفور فيعصى بالتأخير، فوجب البدار إليه ليخرج عن العهدة بيقين، وينسب هذا للإمام الجوينى وهذا الدليل ينافى مذهبه، لأنه من القائلين بالتوقف.

نوقش هذا الدليل:

بأن التأخير لا نسلم أنه مشكوك فيه، بل التأخير جائز حقاً لما تقدم من الأدلة[2].

---

(1) مناهج العقول جـ٢ ص ٤٧، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٥٩، إرشاد الفحول ص ١٠١.

(2) مناهج العقول جـ٢ ص ٤٧ – ٤٨، فواتح الرحموت جـ١ ص ٣٩٠، تيسير التحرير جـ١ ص ٣٥٩– ٣٦٠، إرشاد الفحول ص ١٠١.

وبعد ذكر المذاهب وأدلتها ومناقشتها، يتبين لنا رجحان مذهب الجمهور القائل: بأن الأمر المطلق لا يدل على الفور ولا على التراخى، وإنما يدل على طلب الفعل فقط، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارض، ويؤيد ذلك ما ذكره الإمام الغزالى والآمدى والإمام الرازى والشوكانى.

فقد قال الإمام الغزالى "والمختار أنه لا يقتضى إلا الامتثال، ويستوى فيه البدار والتأخير"[1].

وقال الآمدى: "والمختار أنه مهما فعل، كان مقدماً أو مؤخراً كان ممتثلاً للأمر، ولا إثم عليه بالتأخير، والدليل على ذلك أن الأمر حقيقة فى طلب الفعل لا غير، فمهما أتى بالفعل فى أى زمان كان، مقدماً أو مؤخراً، كان آتيا بمدلول الأمر، فيكون ممتثلاً للأمر، ولا إثم عليه بالتأخير، لكونه آتياً بما أمر به على الوجه الذى أمر به"[2].

وقال الإمام الرازى: "والحق أنه موضوع لطلب الفعل، وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور، وبين طلبه على التراخى، من غير أن يكون فى اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً"[3].

وقال الشوكانى: "فالحق قول من قال إنه لمطلق الطلب من غير تقييد بفور ولا تراخٍ"[4].

---

(1) المستصفى للإمام الغزالى جـ٢ ص ٩.
(2) الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٥٤.
(3) المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٢٤٧.
(4) إرشاد الفحول للإمام الشوكانى ص ١٠١.

ثمرة الخلاف

تفرع على الخلاف السابق بعض الفروع منها ما يأتى

الفرع الأول: المبادرة إلى أداء الزكاة:

اختلف الفقهاء بناء على الخلاف السابق فيمن ملك نصاب الزكاة، وحال عليه الحول، وتمكن من إخراج الزكاة، هل الواجب إخراجها على الفور فلا يجوز تأخيره مع القدرة عليه؟

ذهب الحنابلة: إلى أن الإخراج على الفور، وعللوا هذا الحكم بأن الأمر يقتضى الفور، جاء فى المغنى: "وتجب الزكاة على الفور، فلا يجوز تأخير إخراجها مع القدرة عليه والتمكن منه، إذا لم يخش ضرراً، ثم قال فى معرض الاستدلال على هذه المسألة: "ولنا أن الأمر المطلق يقتضى الفور على ما يذكر فى موضعه، ولذلك يستحق المؤخر للامتثال العقاب"[١].

وإلى مثل ذلك ذهب الإمام مالك فى أصل المذهب[٢].

وأما الحنفية فلهم فى ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: للمزكى التأخير ولا يأثم بذلك، وذلك لأن مطلق الأمر لا يقتضى الفور، وجاء فى البدائع: "وقال عامة مشايخنا إنها على سبيل التراخى، ومعنى التراخى عندهم أنها تجب مطلقاً عن الوقت غير عين، ففى أى وقت أدى يكون مؤدياً للواجب، ويتعين ذلك الوقت للوجوب، وإذا لم يؤد إلى آخر العمر يتضيق عليه الوجوب، بأن بقى من الوقت قدر ما يمكنه الأداء فيه، وغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه يموت، فيفوت، فعند ذلك

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٢ ص ٥٤١.

(٢) حاشية الدسوقى جـ١ ص ٥٠٣.

يتضيق عليه الوجوب حتى إنه لم يؤد فيه حتى ما ت يأثم"[1].
وهذا القول لأبى بكر الرازى، وهو منقول عن محمد.
القول الثانى: تجب الزكاة على الفور فيأثم بالتأخير مع الإمكان، وإلى هذا ذهب الكرخى، وقد بنى مذهبه على أن الأمر يقتضى الفور[2].
القول الثالث: تجب الزكاة على الفور، لا لأن مطلق الأمر يقتضى ذلك، بل لأن هناك قرينة تدل على الفورية، وهذا القول هو المختار، حيث جاء فى شرح فتح القدير: " والمختار أن الأمر بالصرف للفقير معه قرينة الفور، وهى أنه لدفع حاجته وهى معجلة، فمتى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الإيجاب على وجه التمام"[3].

وذهب الشافعية: إلى أن الزكاة واجبة على الفور، لا لأن الأمر يقتضى ذلك، بل لأن حاجة المستحقين ناجزة[4]، ولأنه حق لزمه وقدر على أدائه [5].

الفرع الثانى: قضاء الصوم لمن أفطر فى رمضان:

ومما تفرع على الخلاف السابق أيضا، الخلاف فى قضاء الصوم لمن أفطر فى رمضان بعذر، كسفر أو مرض أو حيض.

فذهب الحنابلة: إلى القول بوجوب المبادرة إلى القضاء، فلو أخره المكلف مع تمكنه منه إلى أن جاء رمضان آخر أثم،

---

[1] بدائع الصنائع للكاسانى جـ٢ ص٣، دار الكتاب العربى بيروت لبنان سنة ١٩٨٢م.
[2] بدائع الصنائع للكاسانى جـ٢ ص ٣.
[3] شرح فتح القدير جـ١ ص ٤٨٢- ٤٨٣ طبعة أولى- المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر.
[4] مغنى المحتاج للشربينى جـ١، صـ٤١٣.
[5] حاشية الرملى على المنهاج جـ٣، صـ١٣٥، مطبعة مصطفى الحلبى.

ووجب عليه القضاء، ووجب مع القضاء كفارة للتأخير، وعلى هذا لا يصح صوم النافلة حتى تؤدى الفريضة.

ووجوب المبادرة للأمر فى قوله سبحانه وتعالى ﴿ **فعدة من أيام أخر** ﴾[1] والأمر يقتضى الفور[2].

وإلى مثل هذا ذهب الإمام الشافعى والإمام مالك رضى الله عنهما. وذهب الحنفية ما عدا الكرخى: إلى أن القضاء على التراخى وعلى هذا للمكلف أن يصوم ما شاء من النوافل[3].

الفرع الثالث: وجوب المبادرة إلى أداء فريضة الحج:

ومما تفرع على الخلاف السابق أيضا، الخلاف فى وجوب المبادرة إلى أداء فريضة الحج للمستطيع وعدم وجوبها.

فذهب الحنابلة: إلى أن الحج فرض على الفور، فمن وجب عليه الحج وأمكنه فعله، وجب عليه أن يبادر إلى أدائه، ولا يجوز له أن يؤخر، فإن أخر لغير عذر كان آثماً، وذلك لقوله سبحانه وتعالى ﴿ **ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً** ﴾[4] وقوله تعالى: ﴿ **وأتموا الحج والعمرة لله** ﴾[5] والأمر على الفور[6].

وذهب الكرخى من الحنفية: إلى أن الحج على الفور تمشيا مع قوله: إن الأمر المطلق يقتضى الفور.

---

(1) سورة البقرة، من الآية/ ١٨٥.
(2) القواعد والفوائد، لابن اللحام ص ٧٣.
(3) بدائع الصنائع جـ٢ ص ١٠٤.
(4) سورة آ عمران، من الآية/ ٩٧.
(5) سورة البقرة، من الآية/ ١٩٦.
(6) المغنى لابن قدامة جـ٣ ص ١٧٤- ١٧٥.

وذهب أبو يوسف: إلى أنه واجب على الفور، وهو قول ابى منصور الماتريدى.

وذهب محمد بن الحسن: إلى أنه واجب على التراخى.

واختلفت الرواية عن الإمام أبى حنيفة: فنقل عنه مثل قول أبى يوسف، ومثل قول محمد بن الحسن[1].

وكأن من قال بالفور من الحنفية فى هذه المسألة ممن لا يقول منهم: الأمر المطلق يقتضى الفور، كأنه نظر إلى أدلة خارجة اعتبرها قرينة دالة على الفور فحكم به.

وذهب الشافعية: إلى أن الحج فرض على التراخى، أخذاً من مدلول الأمر المطلق، واستدلوا على ذلك: بفعل النبى – ﷺ – وأصحابه، إذ الحج فُرِضَ فى السنة السادسة، والرسول – ﷺ – لم يحج إلا فى السنة العاشرة، ومعه من أصحابه مياسير لا عذر لهم، فلو كان الحج واجباً على الفور لم يجز التأخير[2].

ومع قولهم بالتراخى قالوا: إذا مات ولم يحج كان آثماً.

وذهب الإمام مالك: فيما نقله عنه العراقيون –وهو المعتمد– إلى أنه واجب على الفور[3].

---

[1] بدائع الصنائع جـ٢ ص ١١٩.

[2] حاشية الرملى على المنهاج جـ٣ ص ٢٣٥.

[3] حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص٢.

المبحث السابع

الأمر بالشئ هل هو نهى عن ضده

الشئ المأمور به إما أن يكون له ضد واحد، مثل: صوم يوم العيد فالنهى عن صومه أمر بضده، وهو الفطر بلا خلاف، وإلا لأدى إلى التناقض ومثله: الأمر بالإيمان نهى عن الكفر.

وإما أن يكون له أضداد مثل: الأمر بالقيام فإن له أضداداً من القعود والركوع والسجود والاصطجاع، ونحوها، فهذا هو محل الخلاف.

الكلام فى هذه المسألة يقع فى مقامين:

المقام الأول:

الكلام النفسانى، واختلف المثبتون له فى أن الأمر بشئ معين هل هو نهى عن ضده الوجودى؟ على مذاهب:

المذهب الأول: أن الأمر بالفعل هو نفس النهى عن ضده، من حيث اللفظ والمعنى بناء على أن الأمر لا صيغة له فإذا قال مثلاً: تحرك، فمعناه: لا تسكن، وأتصافه بكونه أمراً ونهياً باعتبارين، كاتصاف الذات الواحدة بالقرب والبعد بالنسبة إلى شيئين، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو الحسن الأشعرى والقاضى أبو بكر فى أول أقواله، والأستاذ أبوإسحاق والكعبى وأبو بكر الجصاص، وغيرهم.

المذهب الثانى: أن الأمر بالفعل ليس نهياً عن ضده لا لفظا ولا يقتضيه عقلا، واختاره إمام الحرمين والإمام الغزالى وابن الحاجب، وغيرهم.

المذهب الثالث: أنه غيره، ولكنه يدل عليه بالالتزام، لأن الأمر دال على المنع من الترك، ومن لوازم المنع من ذلك منعه من الأضداد، فيكون الأمر دالا على المنع من الأضداد بالالتزام، وإلى هذا ذهب القاضى أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق وابن الصباغ، وأكثر الفقهاء، واختاره الآمدى والإمام الرازى، والقاضى أبو بكر فى آخر أقواله، وغيرهم.

المقام الثانى:

بالنسبة إلى الكلام اللسانى عند من رأى أن للأمر صيغة، وفيه ثلاثة مذاهب:

الأول:

أن الأمر يتضمن النهى عن الضد، وإلى هذا ذهب القاضى عبد الجبار، وأبو الحسين من المعتزلة.

الثانى:

أنه لا يدل عليه أصلاً، وجزم به الإمام النووى.

الثالث: أن أمر الإيجاب يكون نهياً عن أضداده ومقبحاً لها، لكونها مانعة من فعل الواجب، بخلاف المندوب فإن أضداده مباحة غير منهى عنها، وإلى هذا ذهب بعض المعتزلة[1].

---

[1] الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٥٩، المستصفى للإمام الغزالى جـ١ ص ٨١، البرهان لإمام الحرمين جـ١ ص ١٧٩، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٨٥، شرح اللمع للشيرازى جـ١ ص ٢٦١، المحصول للإمام الرازى جـ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها، المعتمد لأبى الحسين البصرى جـ١ ص ٩٧، التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول ص ٩٤ – طبعة ثانية سنة ١٩٨١م– مؤسسة الرسالة بيروت، البحر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٤١٦.

الأدلـــــــة

استدل القائلون بأن الأمر بالشئ نهى عن ضده:

بأن الشئ المأمور لما توقف وجوده وتحققه فى الخارج على الإقلاع عن جميع أضداده الوجودية، وأنه يستحيل وجوده مع التلبس بأى ضد منها لأنهما لا يجتمعان، كان طلبه طالباً لترك جميع أضداده، فالطلب واحد ولكنه بالنسبة إلى أى ضد يكون نهياً تحريماً أو كراهة، كما يكون الشئ الواحد قريباً بالنسبة إلى شئ وبعيدا بالنسبة إلى شئ آخر، فيكون الأمر بالشئ نهياً عن ضده وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأن ترك جميع الأضداد شرط عقلى لتحقيق الواجب ووجوده، والشرط غير المشروط ضرورة، فلا يكون طلب الواجب طالباً لشرطه لثبوت المغايرة بينهما، وإنما يكون مستلزماً له حيث قالوا: وجوب الشئ يقتضى وجود مالا يتم الواجب إلا به، فيكون وجوبه لازماً بوجوب مشروطه، فالأمر بالشئ ليس نهياً عن ضده، بل يستلزم النهى عند ضده[1].

واستدلوا أيضاً:

بأن فعل السكون عين ترك الحركة، وطلب فعل السكون طلب لترك الحركة، وطلب تركها هو النهى.

---

[1] تعليقات محمد حسن الشافعى على قواطع الأدلة فى الأصول لابن السمعانى جـ١ ص ١٢٦– طبعة أولى سنة ١٩٩٧م دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

نوقش هذا الدليل:

بأن النزاع على هذا يرجع لفظياً فى تسمية فعل المأمور به تركاً لضده وفى تسمية طلبه نهياً، فإن كان ذلك باعتبار اللغة فلم يثبت فيها ما يفيد ذلك.

أجيب عن ذلك:

بأننا نمنع كون النزاع لفظياً، بل هو فى وحدة الطلب القائم بالنفس، بان يكون طلب الفعل عين طلب ترك ضده.

نوقش ثانياً:

بأننا نقطع بحصول طلب الفعل مع عدم خطور الضد، وإنما يتم ما ذكروه من كون فعل السكون عين ترك الحركة فيما كان أحدهما ترك الآخر، لا فى الأضداد الوجودية فطلب ترك أحدهما لا يكون طلباً للمأمور به، لأنه يتحقق تركه فى ضمن ضد آخر[1].

واستدل القائلون بأن الأمر بالشئ ليس نهياً عن ضده بما يأتى:

أولاً:

لو كان الأمر بالشئ نهياً عن ضده أو متضمناً له، لكان الأمر بذلك الشئ متصوراً الضد ومتعقلاً به، لكن التالى باطل فبطل المقدم وثبت نقيضه.

[1] إرشاد الفحول للشوكانى ص ١٠٣.

أما الملازمة:

فلأن الكف عن الضد هو مطلوب النهى، فيكون الضد محكوماً عليه بالحرمة أو بالكراهة والحكم على الشئ فرع عن تصوره.

وأما الاستثنائية:

فلأن نقطع أن الآمر بالفعل قد يأمر به وهو غافل عن أضداده والكف عنها.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول:

لا نسلم غفلة الآمر بالشئ حال أمره عن طلب ترك ما يمنع فعل المأمور به من جهة الجملة، وإن كان غافلاً عن تفصيله، وهذا هو المراد من قولنا: الأمر بالشئ يستلزم النهى عن ضده، لأن الآمر لا يطلب الفعل المأمور به إلا إذا علم أن المأمور متلبس بضده لا به، وإلا لزم تحصيل الحاصل وهو باطل، وإذا كان الحال كذلك لزم أن يكون الآمر متعقلاً الضد، وليس غافلاً عنه.

وعلاوة على ذلك فإنا لو أخذنا فى اعتبارنا أن الآمر هو الله سبحانه وتعالى الذى لا يعزب عن علمه مثقال ذرة فى الأرض ولا فى السماء، ما تصورنا غفلة الآمر عن ضد المأمور به لا جملة ولا تفصيلاً.

الثانى:

أن هذا الدليل منقوض بوجوب المقدمة حيث قالوا: إن الخطاب الدال على إيجاب الشئ يدل على إيجاب ما يتوقف عليه

مع أن الآمر بالشئ قد يأمر به وهو غافل عما يتوقف عليه، وحينئذ يكون قد حكم على المقدمة بالوجوب وهو غير متصور لها، فما هو جوابكم هناك، يكون جواباً لنا هنا.

ثانياً استدلوا:

بأنه لو كان الأمر بالشئ نهيا عن ضده أو مستلزماً له لكان الأمر بالعبادة مخرجاً للمباح عن كونه مباحاً، وللواجبات الأخرى عن كونها واجبة، لكن التالى باطل، فبطل المقدم وثبت نقيضه وهو المطلوب والمدعى:

أما الملازمة:

فلأنه مما لا شك فيه أن أداء العبادة المطلوب بالأمر يتوقف على ترك جميع المباحات والواجبات المضادة لها، فتكون هذه المباحات والواجبات منهياً عنها ومحرمة إن كان النهى للتحريم، أو مكروهة إن كان النهى للتنزيه، ويلزم من ذلك خروج المباح والواجب عن أصله من الإباحة والوجوب إلى الحرمة والكراهة.

أما الاستثنائية:

فلما فيه من مخالفة الأصل والخروج بالشئ عن وصفه الشرعى الذى وضع فيه.

نوقش هذا الدليل:

بأنه لا مانع من خروج المباحات بل الواجبات المضادة للمأمور به عن كونها مباحة أو واجبة من حيث إنها مانعة، لأنها فى هذه الحالة منهى عنها من جهة توقف وجود الواجب على

تركها، وهذا لا يستلزم كونها منهية عنها من حيث ذاتها حتى يلزم خروج الواجبات والمباحات من أصلها من الوجوب والإباحة إلى الحرمة والكراهة على الإطلاق، إذ من المعلوم المقرر أن الصلاة وهى واجبة تكون حراماً فى الأرض المغصوبة فإنها فى ذاتها غير منهى عنها ، والنهى عنها من هذه الجهة لم يستلزم خروجها عن أصلها من وجوبها فى ذاتها وعدم النهى عنها[1].

ثالثاً استدلوا:

بأن النهى عن الشئ لا يقتضى الأمر بضده، فكذلك الأمر بالشئ وجب أن لا يكون مقتضياً للنهى عن ضده.

نوقش هذا الدليل:

أنا لا نسلم ذلك، بل النهى عن الشئ يقتضى الأمر بضده، فإن كان له ضد واحد كالنهى عن الصوم يوم النحر فإنه يقتضى الأمر بضده وهو الإفطار، وإن كان له أضداد كالزنا فإنه يقتضى الأمر بضدٍ من أضداده وهو أن يشتغل عنه بأكل أو نوم او مشى أو غير ذلك من الأعمال فإنه يصير به تاركاً للزنا، فلم يفترق الحكم عندنا بين الأمر والنهى فى ذلك[2].

---

(1) تعليقات محمد حسن الشافعى على قواطع الأدلة فى الأصول لابن السمعانى جـ١ ص ١٢٧- ١٢٨.

(2) شرح اللمع للشيرازى جـ١ ص ٢٦٣.

واستدل القائلون بأن الأمر بالشئ يدل على النهى عن ضده استلزاماً:

بأن فعل المأمور به لما لم يتصور وجوده إلا بترك أضداده، كان طالبه مستلزما لطلب تركها، فيكون تركها واجباً ان كان الأمر للإيجاب ومندوبا إن كان الأمر للندب، وهو معنى كونها منهياً عنها، غير أن النهى عن أضداد الواجب يكون نهى تحريم، وعن أضداد المندوب يكون نهى كراهة أو تنزيه.

وقد نوقش هذا الدليل بما نوقش به أدلة القائلين بأن الأمر بالشئ ليس نهياً عن ضده، وقد سبقت فلا داعى لتكرارها[1].

واستدل القائلون بأن أمر الإيجاب يكون نهيا عن أضداده، بخلاف أمر الندب فلا يكون نهياً عن أضداده:

بأن الفعل الذى هو ضد المأمور به أمر إيجاب فإنه يخرج بفعله الذى به يكون ترك الواجب من الجواز الذى هو أصله إلى الحرمة. بخلاف الفعل الذى هو ضد المأمور به ندب فإنه لا يخرج بفعله والتلبس به الذى يكون به ترك المندوب حال طلبه عن الجواز الذى هو أصله إذ لزم على ترك المندوب، فلذلك كان الأمر بالإيجاب دالا على النهى عن ضده، بخلاف أمر الندب فلا يدل على النهى عن ضده وهو المطلوب والمدعى.

---

[1] الإحكام للأمدى جـ٢ ص ١٦٠- ١٦٢، تعليقات محمد حسن على قواطع الأدلة جـ١ ص ١٢٧.

نوقش هذا الدليل:

بأنا لا نسلم بقاء ضد المندوب على أصله من الجواز حين يكون فعله محققاً لترك المندوب، بل يكون حينئذ مكروهاً لأن كل مفوت للمندوب يكون مكروها، ولا شك أن الكراهة غير الجواز لأن الكراهة فيها ترجح جانب الطرفين لا استوائهما، فيكون الفعل مكروهاً والنهي عنه مستفاد من الأمر بضده نهي كراهة وتنزيه لأن الأمر كان للندب[1].

وبعد ذكر المذاهب وأدلتها ومناقشتها، يتبين لنا رجحان المذهب القائل: إن الأمر بالشئ يدل على النهي عن ضده استلزاماً.

يؤيد ذلك ما ذكره الإمام الشوكاني بعد عرض المذاهب وأدلتها حيث قال: "وإذا عرفت ما حررناه من الأدلة والردود بها، فاعلم أن الأرجح في هذه المسألة أن الأمر بالشئ يستلزم النهي عن ضده"[2].

[1] تعليقات محمد حسن على قواطع الأدلة لابن السمعاني جـ١ ص ١٢٨.
[2] إرشاد الفحول للإمام الشوكاني ص ١٠٤.

الفصـــــل الثالث

مباحث متعلقة بالأمر

المبحث الأول

هل الأمر بالشئ، أمر بذلك الشئ من الآمر الأول؟

ومثال ذلك: قول النبى - ﷺ - لأولياء الصبيان (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع ..... الحديث)[1] وقوله - ﷺ - لعمر بن الخطاب - ؓ - وقد طلق ابنه عبد الله امرأته وهى حائض (مره فليراجعها)[2].

ففى الحديث الأول صدر الأمر من الرسول - ﷺ - للأولياء بأن يأمروا أولادهم بالصلاة لسبع سنين، وفى الثانى صدر الأمر منه - ﷺ - لعمر بأن يأمر ابنه بالمراجعة، فهل الصبيان مأمورون من الرسول بالصلاة، وهل ابن عمر مأمور

---

[1] رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه أيضاً هو والحاكم والترمذى والإمام أحمد عن عبد الملك عن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده- سنن أبى داود- كتاب الصلاة- مروا الصبى بالصلاة جـ١ ص ١٣٣ رقم ٤٩٤، ٤٩٥، مستدرك الحاكم- كتاب الصلاة- جـ١ ص ٢٥٨، سنن الترمذى - أبواب الصلاة - باب ما جاء متى يؤمر الصبى جـ٢، صـ٢٥٩. مسند الإمام أحمد جـ٣ ص ٤٠٤.

[2] أخرجه الإمام البخارى ومسلم عن سالم عن ابن عمر، وأيضاً عن نافع عن ابن عمر- فتح البارى بشرح صحيح البخارى- كتاب الطلاق- باب ١ جـ٩ ص ٣٤٥- ٣٤٦، باب ٢ ص ٣٥١، باب ٣، صـ٣٥٦، كتاب التفسير- تفسير سورة ٦٥ سورة الطلاق باب ١ جـ٨ ص ٦٥٣، كتاب الأحكام - باب هل يقضى القاضى أو يفتى وهو غضبان جـ١٣ ص ١٣٦- ١٣٧.

من الرسول - ﷺ - بالمراجعة؟ اختلف الأصوليون لى ذلك على مذهبين:

المذهب الأول:

أن الصبيان ليسوا مأمورين بالصلاة من الرسول - ﷺ - وإنما هم مأمورون بها من الأولياء، وابن عمر مأمور بالمراجعة من عمر وليس مأموراً بها من الرسول - ﷺ - لأن الأمر بالأمر بشئ ليس أمراً بذلك الشئ من الآمر الأول، وإلى هذا ذهب الجمهور وصححه الإمام الرازى والآمدى وابن الحاجب[1].

المذهب الثانى:

أن الأمر بالأمر بشئ، أمر بذلك الشئ من الآمر الأول، فالصبيان مأمورون بالصلاة من الرسول - ﷺ - كما هم مأمورون بها من الأولياء، وابن عمر مأمور بالمراجعة من الرسول - ﷺ - كما هو مأمور بها من أبيه عمر، نقله العالمى من الحنفية عن بعضهم، وحكى سليم الرازى فى كتابه "التقريب" ما يقتضى ذلك، ونصره العبدرى وابن الحاج[2].

---

[1] المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٣٢٦- ٣٢٧، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٦٩، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٩٣، إرشاد الفحول ص ١٠٧.

[2] البحر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٤١١، إرشاد الفحول ص ١٠٧.

الأدلـــة

استدل أصحاب المذهب الأول:

بأنه كان الأمر بالأمر بالشئ أمرا بذلك الشئ، لكان قول القائل لسيد العبد: مر عبدك ببيع ثوبى، تعدياً على صاحب العبد بالتصرف فى عبده بغير إذنه، ولكان قول صاحب الثوب بعد ذلك للعبد لا تبعه مناقضا لقوله للسيد مر عبدك ببيع ثوبى، لورود الأمر والنهى على فعل واحد.

لكن من قال لسيد العبد هذا القول السابق لا يكون متعدياً ولا مناقضاً، فدل ذلك على ان العبد ليس مأموراً من الآمر الأول، وإنما هو مأمور من السيد فقط، وبذلك فالأمر بالشئ ليس أمراً بذلك الشئ من الآمر الأول، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن من قال هذا القول لم يكن متعدياً، لأن العبد لا يكون مأموراً بأمره إلا إذا أمره السيد، وعند أمر السيد للعبد بالبيع يكون قد أذن له بطاعة الأجنبى، فلا يكون الأجنبى متعدياً بأمره للعبد.

وأجيب عن هذا:

بأن محل النزاع هل يكون المأمور الثانى مأموراً من الآمر الأول بمجرد صدور الأمر للمأمور أولاً يكون مأموراً، فالقول بأن أمر العبد من الآمر الأول متوقف على أمر السيد له فى غير محل النزاع.

الثاني:

أن من قال هذا القول لم يكن مناقضاً، لأن قول الآمر الأول للعبد لاتبعه يعتبر ناسخاً للأمر، والنسخ لا يوجب التناقض[1].

واستدل أصحاب المذهب الثاني:

بأننا نفهم بأن الله سبحانه وتعالى إذا أمر رسوله - ﷺ - بأن يأمر الأمة بشئ أن الأمة تكون مأمورة من الله تعالى بذلك الشئ، كما نفهم بأن الملك إذا أمر وزيره بأن يأمر الرعية بشئ تكون مأمورة من الملك بذلك الشئ فلو لم يكن الأمر بالأمر بالشئ أمراً بذلك الشئ من الآمر الأول،لما كان هناك موجب لهذا الفهم، وحيث ثبت الفهم بهذا، كان الأمر بشئ أمراً بذلك الشئ من الآمر الأول، وهو المطلوب والمدعى.

نوقش هذا الدليل:

بأن الفهم فى الصورتين لم يأت من خصوص الأمر، وإنما جاء من قرينة أن الرسول مبلغ عن الله أوامره، وأن الوزير كذلك مبلغ عن الملك أوامره فكل منهما ليس آمراً إنما الآمر هو الله تعالى أو الملك[2].

---

[1] نهاية السول جـ٢ ص ٤٩، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٩٣، فواتح الرحموت جـ١ ص ٣٩١، إرشاد الفحول ص ١٠٧، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٧١- ١٧٢.

[2] شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٩٣، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٩١، إرشاد الفحول ص ١٠٧، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٧٢- ١٧٣.

المبحث الثانى

هل الأمر بالماهية المطلقة أمر بجزئياتها؟

الأمر بالماهية الكلية هل يقتضى الأمر بها أو بشئ من جزئياتها على التعيين، أم هو أمر بفعل مطلق تصدق عليه الماهية ويخبر به عنها صدق الكلى على جزئياته من غير تعيين؟ اختلف الأصوليون فى ذلك مذهبين:

المذهب الأول:

أن الأمر بالماهية المطلقة، كالأمر بالبيع مثلا لا يكون أمراً بجزئياتها فمن أمر بالبيع لم يؤمر بالبيع بالغبن الفاحش أو بثمن المثل أو بالثمن الزائد أو المساوى أو غير ذلك، وإلى هذا ذهب بعض الشافعية منهم الإمام الرازى والأصفهانى والصفى الهندى، واختاره القرافى[1].

المذهب الثانى:

ان الأمر بالماهية المطلقة أمر بجزئياتها، فالمأمور بالبيع مأمور بجزئياته كالبيع بالغبن الفاحش وثمن المثل وغيرهما، وعليه أن يحقق الماهية فى أى جزئى من حزئياتها، ما لم يقم دليل على عدم إرادة ذلك الجزئى المعين، وإلى هذا ذهب الجمهور، واختاره الآمدى وابن الحاجب[2].

---

[1] المحصول للإمام الرازى جـ٢ ص ٣٢٧، شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ١٤٥- طبعة أولى سنة ١٩٧٣م- مكتبة الكليات الأزهريه، البحر المحيط جـ٢ ص ٤٠٩، إرشاد الفحول ص ١٠٨.

[2] الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٧١، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٩٣، البحر المحيط جـ٢ ص ٤٠٩.

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول:

بأن الماهية الكلية غير الجزئيات، لأن الماهية لم تؤخذ فيها المشخصات، والجزئيات قد روعى فيها المشخصات، والشخص إنما أمر بالماهية فلا يكون مأموراً بجزئياتها، لأن الصالح للأعم لا يصلح للأخص.

واستدل أصحاب المذهب الثانى:

بأن الأمر بالماهية المطلقة لا يمكن امتثاله إلا بفعل الجزئيات لأن الماهية المطلقة لا وجود لها فى الخارج باعتبار ذاتها وإنما توجد بوجود أفرادها، وحيث أمر المكلف بالماهية وكان الغرض من الأمر الامتثال، تعين أن يكون الأمر بالماهية أمراً بجزئياتها، ويكون المكلف مخيراً فى تحقيق الماهية فى أى جزئى من جزئياتها، ما لم يقم دليل على عدم إرادته فلا تتحقق الماهية فى ذلك الجزئى.

وعلى ذلك: فمن وكل بالبيع فله أن يبيع بالغبن الفاحش، كما له أن يبيع بثمن المثل، أو بالثمن المساوى، مالم تقم قرينة على أن الموكل لا يريد الغبن الفاحش، فلا يصح للوكيل أن يبيع بالغبن الفاحش[1].

---

[1] الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٧١، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٩٣، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٩٢- ٣٩٣، إرشاد الفحول ص ١٠٨، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٧٣- ١٧٤.

المبحث الثالث

هل الأمران المتعاقبان للتأكيد

إذا صدر من الآمر أمران فلهما أحوال[1]:

أحدها:

أن يكونا غير متعاقبين، أى: لا يكون الثانى عقب الأول، فهما غيران بلا خلاف، ويجب العمل بهما سواء تماثلا، أم لا.

الثانية:

أن يتعاقبا ولكنهما مختلفان غير متماثلين فكذلك يجب العمل بهما قطعاً، وسواء أمكن الجمع بينهما كصلّ، وصم، أو امتنع كصل، وأدّ الزكاة.

الثالثة:

أن يتعاقبا ويتماثلا وهى قسمان:

أحدهما:

أن يكون هناك مانع من التكرار من عقل، أو شرع، أو عادة، فالثانى تأكيد قطعاً.

ومثال ذلك: اقتل زيداً، اقتل زيداً، اعتق عبدك، اعتق عبدك، اسقنى ماءً، اسقنى ماءً، لاندفاع الحاجة بالأول فى العادة.

ثانيهما:

أن لا يكون هناك مانع من التكرار، وذلك نوعان.

---

[1] شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع للسيوطى ص ٦٤٦-٦٤٧.

النوع الأول:

أن لا يعطف الثانى على الأول، مثل: صل ركعتين، صل ركعتين، أعط محمداً درهماً، أعط محمداً درهماً، فهل الأمران يكونان للتأكيد، أو يكونان للتأسيس، اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال ثلاثة:

القول الأول:

أن الأمرين للتأكيد، وإلى هذا ذهب الجبائى وبعض الشافعية واختاره ابن الهمام[1].

القول الثانى:

أن الأمرين للتأسيس، وإلى هذا ذهب الإمام الرازى والآمدى والقاضى عبد الجبار، وعزاه الصفى الهندى للأكثرين[2].

القول الثالث:

الوقف، لتعارض الأمرين، وإلى هذا ذهب أبو الحسين البصرى[3].

---

(1) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ١ ص ٣٩١، إرشاد الفحول ص ١٠٩.

(2) المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٣٧٠، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٧٢، المعتمد لأبى الحسين البصرى، جـ١ ص ١٦١، شرح الكوكب الساطع ص ٦٤٧.

(3) المعتمد لأبى الحسين البصرى جـ١ ص ١٦١- ١٦٤، المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٢٧٠.

الأدلـــــة

استدل أصحاب القول الأول:

بـأن التـأكيد فيـه بـراءة للذمـة وعـدم شـغلها بفعـل جديـد، والتأسيس فيه شغل للذمة بفعل آخر غير الفعل الأول، والأصـل فى الذمة البراءة.

وأيضاً: التكرير قد كثر فى التأكيد، فكان الحمـل علـى مـا هو أكثر وإلحاق الأقل به أولى

نوقش هذا الدليل:

بأنا نمنع كون التأكيد أكثر فى محل النزاع، فان دلالة كـل لفظ على مدلول مسـتقل هـو الأصـل الظـاهر، ويمنـع الاسـتدلال بأصلية البراءة أو ظهورها، فإن تكرار اللفظ يـدل علـى مدلـول كل واحد منهمـا أصـلاً وظـاهراً، لأن أصـل كـل كـلام وظـاهره الإفادة لا الإعادة.

وأيضاً: التأسيس أكثر والتأكيد أقل وهـذا معلـوم عنـد كـل من يفهم لغة العرب[١].

واستدل اصحاب القول الثانى:

بأن التأسيس فيه علم جديد بشئ لم يكون معلوما، والتـأكيد فيه تقرير لما علم أولاً، والأصل فى الكلام أن يكون مفيداً لفـائدة جديدة، فكان التأسيس أرجح من التأكيد.

---

[١] فواتح الرحمـوت شـرح مسلم الثبـوت جـ١ ص ٣٩١- ٣٩٢، إرشـاد الفحـول ص ١٠٩، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٧٥.

وأيضاً: أن الأمر يقتضى الوجوب، والفعل الأول وجب بالأمر الأول، فيستحيل وجوبه بالأمر الثانى، لأن تحصيل الحاصل محال، فلو انصرف الأمر الثانى إلى الفعل الأول لزم حصول ما يقتضى الوجوب من غير حصول الأثر، وذلك غير جائز، فوجب صرفه إلى فعل آخر.

وأننا لو صرفنا الأمر الثانى إلى عين ما هو متعلق الأمر الأول، لكان الأمر الثانى تأكيداً، ولو صرفناه إلى غيره لأفاد فائدة زائدة.

وإذا وقع التعارض بين أن يفيد الكلام فائدة أصلية، وبين أن يفيد تأكيداً، فلا شك أن حمله على الأول أولى، فكان التأسيس أرجح من التأكيد[1].

واستدل أصحاب القول الثالث:

بأن الأدلة متعارضة ولا مرجح لأحدهما على الآخر، فالقول برأى معين يعتبر تحكماً وترجيحاً بلا مرجح، فكان الوقف أسلم.

نوقش هذا الدليل:

بأن أدلة التأسيس أرجح من أدلة التأكيد، فكان التأسيس هو المعتبر لأنه لا عبرة بالمرجوح مع وجود الراجح، وبذلك فالوقف لا معنى له[2].

---

(1) المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٢٧١، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٧٥.
(2) إرشاد الفحول ص ١٠٩، أصول الفقه للشيخ زهير جـ٢ ص ١٧٥.

النوع الثانى: أن يعطف، وهو ضربان:

أحدهما:

ألا يكون هناك مرجح للتأكيد من أمر عادى، مثل: صل ركعتين وصل ركعتين، فقولان، أصحهما، أنه يجب الحمل على التأسيس فيتكرر المأمور به لظهور العطف فيه من غير معارض، وعليه ذهب الإسنوى[1].

والثانى:

أنه يحمل على التأكيد فيجب مرة لأنه المتيقن.

الضرب الثانى:

أن يكون هناك مرجح للتأكيد من أمر عادى، مثل: صل ركعتين وصل الركعتين، فيقدم التأكيد لرجحانه بالتعريف، إذ القاعدة فى المعرّف بعد المنكّر أنه عين الأول، مثل: قوله سبحانه وتعالى **﴿ أرسلنا إلى فرعون رسولاً فعصى فرعون الرسول ﴾**[2].

---

[1] التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول للإسنوى ص ٢٧٨.

[2] سورة المزمل، من الآيتين/ ١٥، ١٦.

المبحث الرابع

الإتيان بالمأمور به هل يقتضى الإجزاء؟

إتيان المكلف بالمأمور به على وجهه الذى أمر به الشارع، وقع خلاف فيه بين علماء الأصول، هل يوجب الإجزاء أم لا ؟.

معنى الإجزاء:

الإجزاء يطلق باعتبارين:

أحدهما حصول الامتثال به.

والثانى: سقوط القضاء به.

فعلى الاعتبار الأول: أن الإتيان بالمأمور به على وجهه يقتضى تحقق الإجزاء بالاتفاق.

وعلى الاعتبار الثانى هو محل الخلاف، فقد اختلف فيه الأصوليون على قولين.

القول الأول:

أن الإتيان بالمأمور به على وجهه يستلزم سقوط القضاء، وإلى هذا ذهب الجمهور[1].

القول الثانى:

أن الإتيان بالمأمور به على وجهه لا يستلزم سقوط القضاء، وإلى هذا ذهب أبو هاشم والقاضى عبد الجبار[2].

---

[1] البحر المحيط للزركشى جـ٢ ص ٤٠٦، إرشاد الفحول ص ١٠٥.

[2] الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٦٢، المعتمد لأبى الحسين البصرى جـ١، ص ٩٠.

الأدلـــــــــــــــة

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

أولاً:

أن الإتيان بالمأمور به على وجهه لو لم يستلزم سقوط القضاء، لم يُعلم امتثالٌ أبداً واللازم منتف فالملزوم مثله.

أما الملازمة:

فلأنه حينئذ يجوز أن يأتى بالمأمور به ولا يسقط عنه، بل يجب عليه فعله مرة أخرى قضاء، وكذلك القضاء إذا فعله لم يسقط كذلك.

وأما انتفاء اللازم: فمعلوم قطعاً واتفاقاً.

ثانياً:

أن القضاء عبارة عن استدراك ما قد فات من مصلحة الأداء والفرض أنه قد جاء بالمأمور به على وجهه ولم يفت منه شئ وحصل المطلوب بتمامه، فلو أتى به استدراكاً لكان تحصيلاً للحاصل، وهو باطل.

ثالثاً:

أن معنى الإجزاء هو الخروج عن عهدة الأمر، أو إنهاء ذلك الأمر فى حقه، فتقول على هذا ممتثل الأمر كما أمر، فوجب أن يخرج عن عهدة الأمر، كالمولى إذا قال لغلامه: اسقنى فسقاه، يخرج عن عهدته، وهذا لأن الأمر لا يقتضى الفعل إلا مرة واحدة، فإذا فعل المأمور ما اقتضاه هذا الأمر وجب أن لا يبقى عليه واجب آخر من جهة هذا الأمر، وإذا لم

يبق عليه شئ من جهة الأمر لابد أنه حكم بكون المفعول مجزئاً وهو يعنى خروجه عن عهدتة، وهو كما لو نُهى عن شئ فانتهى، خرج عن عهدة النهى[1].

واستدل أصحاب القول الثانى بما يأتى:

أولاً:

أن النهى لايدل على الفساد بمجرده، فالأمر يجب أن لا يدل على الإجزاء بمجرده.

نوقش هذا الدليل:

بأنا إن سلمنا أن النهى لا يدل على الفساد، لكن الفرق بينه وبين الأمر أن نقول: النهى يدل على أنه منعه من فعله، وذلك لا ينافى أن نقول: إنك لو أتيت به لجعله الله سبباً لحكم آخر.

أما الأمر فلا دلالة فيه على اقتضاء المأمور به مرة واحدة، فإذا أتى به فقد أتى بتمام المقتضى، فوجب أن لا يبقى الأمر بعد ذلك مقتضياً لشئ آخر.

ثانياً: أن كثيراً من العبادات يجب على الشارع فيها إتمامها، والمضى فيها، ولا تجزئه عن المأمور به، كالحجة الفاسدة، والصوم الذى جامع فيه.

نوقش هذا الدليل:

أن تلك الأفعال مجزئة بالنسبة إلى الأمر الوارد بإتمامها، وغير مجزئة بالنسبة إلى الأمر الأول، لأن الأمر الأول اقتضى

---

[1] قواطع الأدلة لابن السمعانى جـ١ ص ١٢٣، إرشاد الفحول ص ١٠٥.

إيقاع المأمور به، لا على هذا الوجه الذى وقع، بل على وجه آخر، وذلك الوجه بعد لم يوجد.

ثالثاً:

أن الأمر بالشئ لا يفيد إلا كونه مأموراً به، فأما أن الإتيان يكون سببا لسقوط التكليف، فذلك لا يدل عليه مجرد الأمر.

نوقش هذا الدليل:

بأن الإتيان بتمام المأمور به يوجب أن لا يبقى الأمر مقتضياً بعد ذلك، وذلك هو المراد بالاجزاء[1].

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

[1] المحصول للإمام الرازى جـ١ ص ٣٢٣- ٣٢٤، الإحكام للآمدى جـ٢ ص ١٦٤-١٦٥.

الخاتمـــــــــــة

بعد أن انتهيت من هذا البحث المتواضع الذى أرجو أن أكون قد وفقت فى كتابته فإنى فـى ختـام هذا العمل أسجل أهم نتائج البحث فيما يلى:-

١- اختلف العلماء فى مدلـول لفظ "أمر" فـى اللغـة، فمنهم مـن اشترط فيه العلو، ومنهـم مـن اشـترط فيـه الاسـتعلاء، ولكـن الراجح فى نظرنا هو ما ذهـب إليـه جمهور العلمـاء مـن أن مدلول الأمر فى اللغة هو: القول الطالب للفعل مطلقاً، سـواء صدر هذا الأمر من الأعلى إلى الأدنـى، أم مـن الأدنـى إلـى الأعلى، أم من المساوى.

٢- اختلـف علمـاء الأصـول فـى تعريـف الأمـر الاصطلاحـى، والراجـح فـى نظرنـا هـو تعريـف القـاضى البيضـاوى، بـأن الأمر: هو القول الطالب للفعل مطلقاً مجرداً عن القرائن.

٣- اختلف الأصوليون فى استعمال الأمر فى غير القول الطالب للفعل، كاستعماله فى الشـئ أو الصفـة أو الفعـل، هـل يكـون حقيقـة كذلـك أو يكـون مجـازاً، علـى مذاهـب، والراجـح هـو مذهـب الجمهـور القـائل: بـأن لفـظ الأمـر حقيقـة فـى القـول المخصوص مجاز فيما عداه.

٤- اختلـف علمـاء الأصـول فـى صيغــة الأمــر المجـردة عـن القرائـن، هـل تـدل علـى الوجـوب؟ أم علـى النـدب؟ أم علـى الإباحة؟ على مذاهب، والراجح هـو مـا ذهـب إليـه جمهـور الأصوليين مـن أن صيغـة الأمـر حقيقـة فـى الوجـوب فقـط،

واستعمالها فيما عداه يكون مجازاً، وقد تفرع على هذا الخلاف بعض الفروع الفقهية مذكورة فى موضعها من البحث.

٥- فى مسألة الأمر الوارد بعد التحريم، اختلف علماء الأصول فيما يدل عليه، هل يدل على الوجوب، أم على الإباحة، على مذاهب والراجح فى نظرنا المذهب القائل: إن صيغة الأمر بعد التحريم للوجوب وقد تفرع على هذا الخلاف بعض الفروع الفقهية مذكورة فى موضعها.

٦- فى الأمر المطلق اختلف الأصوليون فى دلالته، هل يدل على المرة أو التكرار، على مذاهب، والراجح هو المذهب القائل بأن الأمر المطلق لا يدل على المرة ولا على التكرار، وإنما يدل على طلب الماهية من غير إشعار بمرة أو تكرار، إلا أنه لا يمكن إدخل تلك الماهية فى الوجود بأقل من المرة الواحدة، فصارت المرة من ضروريات الإتيان بالمأمور به، وليست المرة مما وضع له الأمر، وقد تفرع على هذا الخلاف بعض الفروع الفقهية مذكورة فى موضعها.

٧- اختلف الأصوليون فى الأمر المطلق هل يفيد الفور أو التراخى على مذاهب، والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور: بأن الأمر المطلق لايدل على الفور ولا على التراخى، وإنما يدل على طلب الفعل فقط وقد تفرع على هذا الخلاف بعض الفروع الفقهية مذكورة فى موضوعها.

٨- فى مسألة الأمر بالشئ هل هو نهى عن ضده، اختلف علماء الأصول فى ذلك إلى عدة مذاهب، أرجحها المذهب القائل: إن الأمر بالشئ يدل على النهى عن ضده استلزاماً.

هذه هى أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا البحث قد كشف عن موضوعه وأفصح عن مضمونه، كما أسأله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل مقبولاً وخالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به، إنه نعم المولى ونعم النصير.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

مراجع البحث

١- القرآن الكريم.
٢- الإبهاج فى شرح المنهاج لشيخ الإسلام، على بن عبد الكافى السبكى المتوفى سنة ٧٥٦هـ، وولده تاج الدين عبد الوهاب ابن على السبكى المتوفى سنة ٧٧١هـ- الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل.
٣- الإحكام فى أصول الأحكام، سيف الدين على بن محمد الآمدى المتوفى سنة ٦٣١هـ، طبعة دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة، سنة ١٣٨٧هـ- ١٩٦٧م.
٤- الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ، تحقيق أحمد محمد شاكر، طبعة ثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، دار التراث القاهرة، طبعة دار المعرفة بيروت لبنان.
٥- أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء، للدكتور مصطفى سعيد الخن، طبعة ثالثة سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان.
٦- إحكام الفصول فى أحكام الأصول للإمام الباجى المالكى، تحقيق عبد المجيد تركى، طبعة أولى سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م دار الغرب الإسلامى- بيروت لبنان.
٧- أحكام القرآن للإمام أبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ، مطبعة عبد الرحمن محمد

القاهرة، الناشر دار المصحف القاهرة تحقيق محمد الصادق قمحاوى.

٨- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للإمام محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، طبعة أولى. مطبعة مصطفى الحلبى.

٩- أصول السرخسى، للإمام محمد بن أحمد السرخسى، المتوفى سنة ٤٩٠هـ، طبعة أولى سنة ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

١٠- أصول الفقه، للشيخ محمد أبى النور زهير، طبع دار الطباعة المحمدية بالقاهرة.

١١- البحر المحيط، للإمام محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى، الشافعى، المتوفى سنة ٧٩٤هـ، طبع دار الصفوة للطباعة والنشر بالغردقة تحرير ومراجعة د/ عمر سليمان الأشقر، د/ عبد الستار أبو غدة، طبعة ثانية سنة ١٤١٣هـ- ١٩٩٢م.

١٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى، المتوفى سنة ٥٨٧هـ، طبعة ثانية ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م، دار الكتاب العربى بيروت لبنان.

١٣- البرهان فى أصول الفقه، لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجوينى المتوفى سنة ٤٧٨ هـ، تحقيق عبد العظيم الديب، طبعة دار الوفاء للطباعة والنشر بالمنصورة.

١٤- التبصرة فى أصول الفقه، للإمام إبراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، طبع دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.
١٥- تخريج الفروع على الأصول، للإمام شهاب الدين محمود ابن أحمد الزنجانى، المتوفى سنة ٦٥٦هـ، طبعة رابعة سنة ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م، مؤسسة الرسالة بيروت، تحقيق الدكتور/ محمد أديب صالح.
١٦- التفسير الكبير، للإمام محمد بن عمر بن الحسين الرازى المتوفى سنة ٦٠٦هـ، طبعة دار الفكر، الناشر دار الكتب العلمية طهران.
١٧- تكملة المجموع شرح المهذب، للمحقق محمد حسين العقبى، مطبعة الإمام بالقاهرة.
١٨- التلويح على التوضيح، للتفتازانى: مسعود بن عمر بن عبد الله الهروى، الخرسانى، سعد الدين، المتوفى سنة ٧٩٢هـ، مطبعة محمد على صبيح.
١٩- التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول، للإمام جمال الدين أبى محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنوى، المتوفى سنة ٧٧٢هـ طبعة ثانية ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، مؤسسة الرسالة بيروت، تحقيق دكتور/ محمد حسن هيتو.
٢٠- تيسير التحرير، لمحمد أمين، المعروف بأمير شاه الحسينى، طبعة دار الفكر.

٢١- الجامع لأحكام القرآن، للإمام أبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى، المتوفى سنة ٦٧١هـ- مطبعة دار الكتب المصرية.
٢٢- جامع البيان عن تأويل القرآن، للإمام ابن جرير الطبرى، طبعة ثالثة سنة ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨م مطبعة مصطفى الحلبى.
٢٣- حاشية الرملى على المنهاج، لابن شهاب الدين الرملى المصرى الأنصارى، طبعة أخيرة سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م، مطبعة مصطفى الحلبى.
٢٤- حاشية السعد على مختصر ابن الحاجب، للتفتازانى: مسعود بن عمر بن عبد الله الهروى، الخرسانى، سعد الدين، المتوفى سنة ٧٩٢هـ - طبعة سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م- مكتبة الكليات الأزهرية.
٢٥- حاشية العطار على شرح المحلى على جمع الجوامع، للشيخ حسن بن محمد العطار، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
٢٦- الدر المختار- شرح تنوير الأبصار، للشيخ محمد علاء الدين الحصكفى (بهامش حاشية ابن عابدين) طبعة ثانية سنة ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م- دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان.
٢٧- ديوان امرئ القيس، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، طبعة دار المعارف، طبعة رابعة سنة ١٩٨٤م.

٢٨- سنن ابن ماجة، للإمام أبى عبد الله بن ماجة القزوينى، المتوفى سنة ٢٧٥هـ، طبعة دار إحياء الكتب العربية لعيسى الحلبى، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.
٢٩- سنن أبى داود، للإمام سليمان بن الأشعث المتوفى سنة ٢٧٥هـ، طبعة دار إحياء السنة النبوية، تعليق محمد محيى الدين عبد الحميد.
٣٠- سنن الترمذى، للإمام أبى عيسى الترمذى محمد بن عيسى بن سورة، المتوفى سنة ٢٩٧هـ، مطبعة مصطفى الحلبى، دار الحديث بالقاهرة.
٣١- سنن الدارمى، للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى، المتوفى سنة ٢٥٥هـ، طبعة در الكتب العلمية بيروت، دار الريان للتراث.
٣٢- سنن النسائى بشرح جلال الدين السيوطى وحاشية السندى، دار الحديث بالقاهرة سنة ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
٣٣- شرح الإسنوى نهاية السول شرح منهاج الوصول فى علم الأصول، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى، المتوفى سنة ٧٧٢هـ، مطبعة محمد على صبيح.
٣٤- شرح البدخشى مناهج العقول شرح منهاج الوصول أيضاً، للإمام محمد بن الحسن البدخشى المتوفى سنة ٩٩٢هـ، مطبعة محمد على صبيح.

٣٥- شرح تنقيح الفصول، للإمام شهاب الدين أبى العباس القرافى المتوفى سنة ٦٨٤هـ، طبعة أولى سنة ١٩٧٣م مكتبة الكليات الأزهرية.

٣٦- شرح الجلال مع حاشة العطار على جمع الجوامع، للشيخ جلال الدين محمد بن أحمد المحلى الشافعى، المتوفى سنة ٨٦٤هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٣٧- شرح السراج الهندى على المغنى للخبازى، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة سنة ١٩٩٠م.

٣٨- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، للقاضى عضد الملة والدين الإيجى المتوفى سنة ٧٥٦هـ، مطبعة الفجالة الجديدة القاهرة، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، مراجعة الدكتور شعبان محمد إسماعيل.

٣٩- شرح فتح القدير، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندرى ابن الهمام الحنفى، المتوفى سنة ٦٨١هـ، طبعة أولى المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق القاهرة سنة ١٣١٥هـ.

٤٠- الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى، للشيخ أبى البركات سيدى أحمد الدردير، مطبعة عيسى الحلبى.

٤١- شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع، للشيخ السيوطى المتوفى سنة ٩١١هـ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة بالقاهرة للباحث محمود عبد الرحمن عبد المنعم، سنة ١٩٩٤م.

٤٢- شرح اللمع، للإمام أبى إسحاق إبراهيم الشيرازى، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، طبعة أولى سنة ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م، دار الغرب الإسلامى بيروت لبنان، تحقيق عبد المجيد تركى.
٤٣- شرح المعلقات السبع، للإمام القاضى أبى عبد الله السحين ابن أحمد بن الحسين، المتوفى سنة ٤٦٨هـ، مكتبة القاهرة.
٤٤- شرح النووى على صحيح مسلم، مطبوعات الشعب، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة.
٤٥- صحيح مسلم بشرح النووى، للإمام مسلم بن الحجاج القشيرى، النيسابورى، المتوفى سنة ٢٦١هـ، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة، مطبعة الشعب، دار الكتب العلمية بيروت.
٤٦- صورة الأمر والنهى فى الذكر الحكيم، للدكتور محمود توفيق محمد سعد، طبعة أولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، مطبعة الأمانة بالقاهرة.
٤٧- فتح البارى بشرح صحيح البخارى، للإمام أحمد بن على بن حجر العسقلانى، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، طبعة دار المعرفة بيروت لبنان.
٤٨- فتح القدير، للإمام كمال الدين محمد بن الهمام، المتوفى سنة ٦٨١هـ - مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة.
٤٩- .فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصارى، المتوفى سنة ١١٨٠ هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، مع المستصفى.

٥٠- القاموس المحيط، للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادى الشيرازى، المتوفى سنة ٨١٧هـ، الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
٥١- قواطع الأدلة فى أصول الفقه، للإمام أبى المظفر منصور ابن محمد بن عبد الجبار السمعانى، المتوفى سنة ٤٨٩هـ، طبعة أولى سنة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م دار الكتب العلمية بيروت لبنان، تحقيق محمد حسن محمد إسماعيل الشافعى.
٥٢- القواعد والفوائد الأصولية، للإمام أبى الحسن علاء الدين على بن عباس البعلى الحنبلى، المتوفى سنة ٨٠٣هـ، طبعة أولى سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م دار الكتب العلمية ببيروت لبنان، تحقيق محمد حامد الفقى.
٥٣- قوانين الأحكام الشرعية، ومسائل الفروع الفهية، لمحمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى المتوفى سنة ١٣٤٠م، تحقيق طه سعد، مصطفى الهوارى، عالم الفكر.
٥٤- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى، المتوفى سنة ٧٣٠هـ، طبعة دار الكتاب العربى بيروت.
٥٥- اللباب فى شرح الكتاب، للشيخ عبد الغنى الغنيمى الدمشقى الميدانى الحنفى المتوفى سنة ٤٢٨هـ، طبعة رابعة سنة ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م دار الحديث حمص بيروت، تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد.

٥٦- اللمع فى أصول الفقه، للشيخ إبراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ، طبعة ثالثة سنة ١٣٧٧هـ- ١٩٥٧م، مطبعة مصطفى الحلبى.
٥٧- مباحث فى أصول الفقه، لأستاذنا الدكتور رمضان عبد الودود عبد التواب، طبعة ثانية سنة ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م دار الهدى بالقاهرة.
٥٨- المجموع شرح المهذب، للإمام النووى، مطبعة الإمام بمصر.
٥٩- المحصول فى أصول الفقه، للإمام محمد بن عمر بن الحسين الرازى المتوفى سنة ٦٠٦هـ، طبعة أولى سنة ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
٦٠- المحلى، للإمام أبى محمد على بن أحمد بن حزم الظاهرى، المتوفى سنة ٤٥٦هـ، منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت.
٦١- المستدرك على الصحيحين، للحافظ محمد بن عبد الله الحاكم النيسابورى المتوفى سنة ٤٠٥هـ، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبى، دار المعرفة بيروت.
٦٢- المستصفى من علم الأصول، لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ، طبعة ثانية دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
٦٣- مسند الإمام أحمد للإمام أحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ، طبعة دار صادر بيروت.

٦٤- المسودة فى أصول الفقه، لآل تيمية عبد السلام ابن تيمية المتوفى سنة ٦٥٢هـ، وعبد الحليم بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٨٢هـ، وأحمد بن عبد الحليم المتوفى سنة ٧٢٨هـ، مطبعة المدنى بمصر.
٦٥- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد ابن على الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠هـ، طبعة بيروت لبنان.
٦٦- المعتمد فى أصول الفقه، لأبى الحسين محمد بن على بن الطيب البصرى المعتزلى، المتوفى سنة ٤٣٦هـ، طبعة أولى سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
٦٧- المغنى فى الفقه الحنبلى، لموفق الدين أبى محمد عبد الله ابن أحمد بن قدامة المقدسى، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، طبعة سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، دار الكتاب العربى بيروت لبنان.
٦٨- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الخطيب الشربينى، المتوفى سنة ٩٧٧هـ، دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان.
٦٩- منهاج الوصول إلى علم الأصول، للقاضى ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوى، المتوفى سنة ٦٨٥هـ، مطبوع مع نهاية السول، ومناهج العقول، مطبعة محمد على صبيح.
٧٠- الموافقات فى أصول الشريعة، للإمام أبى إسحاق إبراهيم ابن موسى اللخمى الشاطبى، المتوفى سنة ٧٩٠هـ- الناشر دار المعرفة بيروت لبنان.

****

فهرس الأعلام

يتضمن هذا الفهرس الأعلام الذين ورد ذكرهم في البحث مع ترجمة مختصرة عنهم.

م	العلم	رقم الصفحة
١	الأقرع بن حابس بن عقال بن محمد بن سفيان بن مالك بن تميم، شهد مع رسول الله - ﷺ - فتح مكة، وحنيناً، وحضر الطائف، وكان شريفا فى الجاهلية والإسلام. أسد الغابة لابن الأثير جـ١ ص ١٢٨ - ١٣٠، الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر العسقلانى جـ١ ص ٩١- ٩٢- ط أولى - نشر مكتبة الكليات الأزهرية.	٤٣١
٢	إبراهيم بن على بن يوسف بن عبد الله (أبو إسحاق الشيرازى) الفقيه الشافعى، الأصولى، ولد بفيروزآباد، بلدة قريبة من شيراز سنة ٣٩٣هـ نشأ بها، ثم انتقل إلى فيروز، من مؤلفاته: التنبيه فى مذهب الشافعى، والمهذب فى الفقه، واللمع والتبصرة فى أصول الفقه، توفى سنة ٤٧٦هـ. شذرات الذهب لابن العماد الحنبلى جـ٣ ص ٣٤٩- طبعة دار الفكر، الفتح المبين فى طبقات الأصوليين لعبد الله المراغى جـ١ ص ٢٥٥- ط ثانية سنة ١٩٧٤م بيروت، النجوم الزاهرة لجمال الدين بن تغرى بردى جـ٥ ص ١١٧- طبعة المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة.	٣٤٧

م	العلـــــــم	رقم الصفحة
٣	إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران (الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني) عالم الفقه والأصول، فقيه شافعي، من مصنفاته: الجامع في أصول الدين، ورسالة في اصول الفقه، وله مناظرات مع المعتزلة، توفي سنة ٤١٨ هـ. شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٠٩، البداية والنهاية لابن كثير جـ١٢ ص ٢٤ - دار الفكر العربي، معجم البلدان لياقوت الحموي جـ١ ص ١٧٨ - دار صادر بيروت.	٤٢٢ *
٤	إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود (النخعي) من أكابر التابعين صلاحاً وصدق رواية وحفظاً للحديث، من أهل الكوفة، فقيه العراق، ولد سنة ٤٦ هـ، توفي سنة ٩٦هـ. الطبقات الكبرى لابن سعد جـ٦ ص ١٨٨ - ١٩٩- مؤسسة دار التحرير للطبع والنشر، الأعلام للزركلي جـ١ ص ٨٠.	٤٠٩
٥	أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد بن معروف الحنبلي، أحد أهل الفهم، موثوق به في العلم، من مصنفاته: الشافي، المقنع، تفسير القرآن، التنبيه، وغيرهم، توفي سنة ٣٦٣هـ. طبقات المفسرين للداودي جـ١ ص ٣٠٦ - ٣٠٧- ط أولى سنة ١٩٧٢م مطبعة الاستقلال الكبرى، شذرات الذهب جـ٣ ص ٤٥، تاريخ بغداد جـ١ ص ٤٥٩.	٤١٨

م	العـــــــلم	رقم الصفحة
٦	أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى (الإمام مسلم) صاحب الصحيح، ولد سنة ٢٠٦هـ، سمع من يحيى التميمى والقعنبى وغيرهما، روى عنه: على بن الحسين الهلالى، ومحمد بن عبد الوهاب وغيرهما، توفى سنة ٢٦١هـ. النجوم الزاهرة جـ٣ ص ٣٣، شذرات الذهب جـ٢ ص ١٤٤، تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلانى جـ١٠ ص ١٢٦ - طبعة دار الفكر العربى.	٤٣٥
٧	أبو على محمد بن عبد الوهاب البصرى (الجبائى) شيخ المعتزلة وصاحب التصانيف، من مصنفاته: كتاب الأصول، وكتاب النهى عن المنكر، وكتاب الاجتهاد، وكتاب التفسير الكبير، وكتاب شرح الحديث وغيرهم، توفى بالبصرة سنة ٣٠٣هـ. النجوم الزاهرة جـ٣ ص ١٨٩، العبر جـ١ ص ٤٤٥، شذرات الذهب جـ٢ ص ٢٤١.	٤٢٢
٨	أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبى بكر الدوينى ثم المصرى (ابن الحاجب) الإمام العلامة الأصولى النحوى، ولد سنة ٥٧٠ هـ بإسنا، من مؤلفاته: الشافية فى الصرف، شرح الكافية فى النحو، مختصر المنتهى، منتهى الوصول والأمل فى علمى الأصول والجدل فى الأصول وغيرهم، توفى بالاسكندرية سنة ٦٤٦هـ. شذرات الذهب جـ٥ ص ٢٣٤، بغية الوعاة لجلال الدين السيوطى جـ٢ ص ١٣٤- ط أولى سنة ١٩٦٥م مطبعة الحلبى، البداية والنهاية لابن كثير جـ١٣ ص ١٧٦- دار الفكر العربى.	٣٤٩

م	العلـــــــــم	رقم الصفحة
٩	أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض (القاضى) العلامة اليحصبى، المالكى الحافظ، أحد الأعلام ولد سنة ٤٧٦هـ، كان إمام وقته فى علوم شتى ، ولى قضاء سبته مدة، ثم قضاء غرناطة، من مصنفاته: الشفاء، مشارق الأنوار فى غريب الصحيحين والموطأ، شرح صحيح مسلم، توفى سنة ٥٤٤هـ. شذرات الذهب جـ٤ ص ١٣٨، النجوم الزاهرة جـ٥ ص ٢٨٥، سير أعلام النبلاء لشمس الدين الذهبى جـ٢٠ ص ٢١٢- ط أولى سنة ١٩٨٤م مؤسسة الرسالة.	٤٣٥
١٠	أحمد بن أبى طاهر محمد بن أحمد (أبو حامد الإسفرايينى) الفقيه الشافعى، الأصولى، ولد بإسفرايين بلدة من نواحى نيسابور سنة ٣٤٤هـ، صنف كتابا فى أصول الفقه، وتعليقه كبرى فى الفقه، وشرح مختصر المزنى، توفى سنة ٤٠٦هـ. شذرات الذهب جـ٣ ص ١٧٨، البداية والنهاية جـ١١ ص ٢، النجوم الزاهرة جـ٤ ص ٢٣٩.	٣٧٥
١١	أحمد بن إدريس عبد الرحمن بن عبد الله (القرافى) الصنهاجى البهنسى المصرى المالكى، كان إماما، عالما، انتهت إليه فى عهده رياسة المالكية، برع فى علوم كثيرة، من مصنفاته: كتاب التفتيح فى أصول الفقه وله عليه شرح مفيد، وشرح محصول الإمام الرازى فى الأصول أيضاً، وكتاب الزخيرة فى الفقه، وكتاب شرح التهذيب، توفى سنة ٦٨٤هـ.	٤٧١

م	العلـــــــــم	رقم الصفحة
	الفتـح المبين للمراغـي جـ٢ ص ٨٩- ٩٠، كشـف الظنـون لحاجى خليفة جـ١ ص ٤٩٩- طبعة دار العلوم الحديثة، الأعلام للزركلى جـ١ ص ٩٠- طـ ثالثة سنة ١٩٦٩م بيروت.	
١٢	أحمد بن على الرازى (أبو بكر الجصاص) فاضل من أهل الرى، ولد سنة ٣٠٥هـ، انتهت إليه رئاسة الحنفية، من مؤلفاته: أحكام القرآن، وكتاب فى أصول الفقه، توفى سنة ٣٧٠هـ.	٤٥٨
	النجوم الزاهرة جـ٤ ص ١٣٨، شذرات الذهب جـ٣ ص ٧١، الأعلام للزركلى جـ١ ص ١٧١.	
١٣	الحارث بن نفيع بن المعلى بن لوذان بن حارثة بن زيد بن ثعلبة بن عدى بن مالك الأنصارى (أبا سعيد بن المعلى) له صحبة، يعد فى أهل الحجاز.	٣٩١
	أسد الغابة لابن الأثير جـ٦ ص ١٤٢- مطبوعات الشعب، الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر جـ٢ ص ١٧٩- طـأولى- مكتبة الكليات الأزهرية.	
١٤	الحسن بن يسار البصرى، ابو سعيد، تابعى، كان إمام أهل البصرة، وحبر الأمة فى زمنه، ولد بالمدينة سنة ٢١هـ، وشب فى كنف على بن أبى طالب، سكن البصرة، له كتاب فى فضائل مكة، توفى بالصرة سنة ١١٠هـ.	٣٤٩
	العبر جـ١ ص ١٠٣، شذرات الذهب جت١ ص ١٣٦.	
١٥	الحسين بن على (أبو عبد الله البصرى) الملقب بالجعل، كان رأس المعتزلة، له تصانيف كثيرة على مذهبهم، وكان حنفى المذهب فى الفروع، توفى سنة ٣٦٩هـ.	٣٤٩

م	العلم	رقم الصفحة
	العبر جـ ٢ ص ١٣١، شذرات الذهب جـ٣ ص ٦٨، تاريخ بغداد للخطيب البغدادى جـ٨ ص ٧٣- دار الكتب العلمية بيروت.	
١٦	الحكم بن أبان العدنى، أبو عيسى، ولد سنة ٨٠هـ، روى عن : عكرمة، وطاوس، وإدريس بن سنان، وغيرهم، روى عنه: ابنه إبراهيم وابن عيينة، ومعمر وغيرهم. تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلانى جـ٢ ص ٤٢٣- ٤٢٤.	٤٠٧
١٧	داود بن على بن خلف الأصبهانى، ثم البغدادى (الظاهرى) أحد الأئمة المجتهدين، وتنسب إليه طائفة الظاهرية، ولد بالكوفة سنة ٢٠٢هـ، من مصنفاته: كتاب الأصول، وإبطال التقليد، والإجماع، والإفصاح وغيرهم، توفى ببغداد سنة ٢٧٠هـ. البداية والنهاية جـ١ ص ٤٧، شذرات الذهب جـ٢ ص ١٥٨، وفيات الأعيان لشمس الدين بن خلّكان جـ٢ ص ٢٥٥ - طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٧٨م.	٤٠٧
١٨	سعيد بن المسيب بن حزن بن أبى وهب بن عمر، الإمام العلم، أبو محمد القرشى المخزومى، عالم أهل المدينة، وسيد التابعين فى زمانه، توفى سنة ٩٤هـ، وقيل: سنة ٩٣هـ، وقيل: سنة ٩٥هـ. وفيات الأعيان جـ٢ ص ٣٧٥، العبر جـ١ ص ٨٣، شذرات الذهب جـ١ ص ١٠٢، النجوم الزاهرة جـ١ ص ٢٢٨.	٤٠٩
١٩	سفيان بن عيينة بن ميمون (ابن عيينة) الهلالى، الكوفى المكى، محدث، فقيه، ولد بالكوفة سنة ١٠٧هـ، من تصانيفه: تفسير القرآن الكريم، وجزء فيه أحاديث، توفى سنة ١٩٦هـ. تهذيب التهذيب جـ٤ ص ١١٧ وما بعدها، حلية الأولياء جـ٧ ص ٢٧٠ وما بعدها.	٤٠٧

رقم الصفحة	العـــــــلم	م
٣٤٩	سليم بن أيوب بن سليم أبو الفتح (الرازى) اشتغل بالتفسير والحديث واللغة والفقه، من تصانيفه: "التقريب"،و "ضياء القلوب" فى التفسير، توفى سنة ٤٤٧هـن وقيل: غير ذلك. شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٧٥– ٢٧٦، وفيات الأعيان جـ٢ ص ٣٩٧.	٢٠
٤٠٩	الضحاك بن مزاحم الهلالى، أبو محمد، صاحب التفسير، كان من أوعية العلم، وهو صدوق فى نفسه، توفى سنة ١٠٢هـ، وقيل: غير ذلك. سير الأعلام النبلاء جـ٤ ص ٥٩٨، الطبقات الكبرى لأبى عبد الله بن سعد جـ٦ ص ٣٠٠ طبعة دار صادر بيروت سنة ١٩٥٨م، ميزان الاعتدال لأبى عبد الله الذهبى جـ٢ ص ٣٢٥– ط أولى سنة ١٩٦٣م دار إحياء الكتب العربية لعيسى الحلبى.	٢١
٤٥٩	طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر (القاضى أبو الطيب) من كبار أئمة المذهب الشافعى، ولد سنة ٣٤٨هـ، من مصنفاته: "شرح المزنى"، توفى سنة ٤٥٠هـ. شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٨٤، البداية والنهاية جـ١٢ ص ٧٩، العبر جـ٢ ص ٢٩٦، النجوم الزاهرة جـ٥ ص ٦٣.	٢٢
٤٠٧	عامر بن شراحيل (الشعبى) ولد سنة ١٧هـ، كان إماما حافظاً فقيها متقنناً، ولى قضاء الكوفة، قال أبو مجلز: ما رأيت أعلم من الشعبى، توفى سنة ١٠٤هـ. شذرات الذهب جـ١ ص ١٢٦، النجوم الزاهرة جـ١ ص ٢٥٣.	٢٣

رقم الصفحة	العـــــلم	م
٤٥٩	عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار بن أحمد بن خليل. العلامة المتكلم شيخ المعتزلة، صاحب التصانيف، ولى القضاء بالرى، من مصنفاته: "الأمالى" فى الحديث، "دلائل النبوة"، طبقات المعتزلة، كتاب "المغنى" فى علم الكلام فى سبعة عشر جزءاً توفى سنة ٤١٥هـ. تاريخ بغداد جـ١١ ص ١١٣– ١١٥، شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٠٢– ٢٠٣، سير أعلام النبلاء جـ١٧ ص ٢٤٤.	٢٤
٣٩٢	عبد الرحمن بن صخر الدوسى (أبو هريرة) صحابى، كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية له، ولد سنة ٢١ قبل الهجرة، وتوفى بالمدينة سنة ٥٩هـ. اسد الغابة فى معرفة الصحابة لابن الأثير جـ٣ ص ٦٤١، مطبوعات الشعب، شذرات الذهب جـ١ ص ٦٣.	٢٥
٤١٩	عبد الرحمن بن على بن محمد (أبو الفتح الحلوانى) الحنبلى الفقيه، الإمام، ولد سنة ٤٩٠هـ، برع فى الفقه والأصول، من مصنفاته: التبصرة فى الفقه، الهداية فى أصول الفقه، وتفسير القرآن فى إحدى وأربعين جزءاً، توفى سنة ٥٤٦هـ. طبقات المفسرين لشمس الدين بن أحمد الداودى جـ١ ص ٢٧٤– ٢٧٥– ط أولى سنة ١٩٧٢م– مطبعة الاستقلال الكبرى، شذرات الذهب جـ٤ ص ١٤٤.	٢٦

رقم الصفحة	العلم	م
٣٧٥	عبد الرحمن بن محمد بن رشيق (القيرواني) أبو القاسم مؤرخ فقيه مالكي، محدث، شاعر، له مصنفات منها: "المستوعب لزيادات مسائل المبسوط مماليس في المدونة" توفي سنة ٣٨٠هـ. الأعلام للزركلي جـ٣ ص ٣٢٥، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للإمام محمد بن مخلوف ص ١١٠- طبعة دار الكتاب العربي بيروت.	٢٧
٣٦٨	عبد الرحيم بن الحسن بن علي (الإسنوي) الشافعي، أبو محمد جمال الدين فقيه أصولي، من علماء العربية، ولد بإسنا سنة ٧٠٤هـ، من مصنفاته: الأشباه والنظائر، الكوكب الدري، نهاية السول شرح منهاج الأصول، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول وغيرهم، توفي سنة ٧٧٢هـ. شذرات الذهب جـ٦ ص ٢٢٣- ٢٢٤، النجوم الزاهرة جـ١١ ص ١١٤، الأعلام للزركلي جـ٣ ص ٣٤٤- دار العلم للملايين بيروت.	٢٨
٣٧٦	عبد السلام بن محمد بن عبد الوهاب بن سلام بن أبي علي الجبائي (أبو هاشم) المتكلم بن المتكلم، المعتزلي بن المعتزلي من مصنفاته: الجامع الكبير، وكتاب القرض، وغيرهما، ولد سنة ٢٤٧هـ، وتوفي سنة ٣٢١هـ. البداية والنهاية جـ١١ ص ١٧٦، العبر جـ٢ ص ١٢، سير أعلام النبلاء جـ١٥ ص ٦٣- ٦٤.	٢٩

م	العلم	رقم الصفحة
٣٠	عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد أبو نصر (ابن الصباغ) صاحب "الشامل" و "عدة المعالم" انتهت إليه رياسة الأصحاب فى زمانه مع الورع، والتقى، والزهد، توفى سنة ٤٧٧هـ. شذرات الذهب جـ٣ ص ٣٥٥، النجوم الزاهرة جـ٥ ص ١١٩، العبر جـ٢ ص ٣٣٧، وفيات الأعيان جـ٣ ص ٢١٧.	٤٥٩
٣١	عبد العزيز بن عبد السلام بن أبى القاسم بن الحسن السلمى الدمشقى (عز الدين بن عبد السلام) سلطان العلماء، فقيه شافعى بلغ رتبة الاجتهاد، ولد بدمشق سنة ٥٧٧هـ، من مؤلفاته: التفسير الكبير، الإلمام فى أدلة الأحكام، قواعد الشريعة، قواعد الأحكام فى إصلاح الأنام، وغيرهم، توفى بالقاهرة سنة ٦٦٠هـ. شذرات الذهب جـ٥ ص ٣٠١- ٣٠٢، النجوم الزاهرة جـ٧ ص ٢٠٨، الأعلام جـ٤ ص ٢١.	٤٣٦
٣٢	عبد الله بن أبى قحافة بن عثمان بن عامر بن كعب القرشى (أبا بكر) أول الخلفاء الراشدين، وأول من آمن برسول الله - ﷺ - من الرجال وصاحبه فى الهجرة، وفى الغار، ولد بمكة سنة ٥١ قبل الهجرة، وتوفى رحمه الله سنة ١٣ هـ. أسد الغابة جـ٣ ص ٣٠٩، البداية والنهاية جـ٧ ص ٢، شذرات الذهب جـ١ ص ٢٤.	٤٢٧

م	العــــــــــــــلم	رقم الصفحة
٣٣	عبد الله بن أحمد بن محمود (الكعبى) البلخى الخراسانى، أبو القاسم، أحد أئمة المعتزلة، ولد سنة ٢٧٣هـ، من مؤلفاته: التفسير، قبول الأخبار ومعرفة الرجال، السنة، مقالات الإسلاميين، وغيرهم، توفى ببلخ سنة ٣١٩هـ. شذرات الذهب جـ٢ ص ٢٨١، تاريخ بغداد جـ٩ ص ٣٨٤، الأعلام جـ٤ ص ٦٥- ٦٦.	٤٥٨
٣٤	عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوى القرشى، أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم، كان كثير الاتباع لآثار رسول الله - ﷺ - حتى أنه ينزل منازله ويصلى فى كل مكان صلى فيه، كان من أئمة المسلمين، وعلما من أعلام الفتوى، توفى سنة ٧٣هـ، وقيل: سنة ٧٤هـ. أسد الغابة جـ٣ ص ٣٤٠، البداية والنهاية جـ٩ ص ٤، شذرات الذهب جـ١ ص ٨١.	٤٠٩
٣٥	عبد الله بن عمر بن محمد بن على (البيضاوى) الشافعى، ولد بالمدينة البيضاء بفارس قرب شيراز، من مصنفاته: منهاج الأصول إلى علم الأصول، وشرح الكافية لابن الحاجب، وتفسير البيضاوى وغيرهم؛ توفى سنة ٦٨٥هـ، وقيل: غير ذلك. الفتح المبين جـ٢ ص٨٨، شذرات الذهب جـ٥ ص ٣٩٢- ٣٩٣.	٣٤٥

م	العلم	رقم الصفحة
٣٦	عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب (أبو موسى الأشعرى) صحابى من الشجعان الولاة الفاتحين، ولد باليمن سنة ٢١ قبل الهجرة، وقدم مكة عند ظهور الإسلام، فأسلم وهاجر إلى أرض الحبشة، توفى بالكوفة سنة ٤٤هـ. شذرات الذهب جـ١ ص ٥٣، الإصابة جـ٦ ص ١٩٤، الأعلام جـ٤ ص ١١٤.	٤٠٩
٣٧	عبد الملك بن أبى محمد عبد الله بن يوسف، أبو المعالى الجوينى (إمام الحرمين) ولد سنة ٤١٩هـ، من مؤلفاته: البرهان فى أصول الفقه، الشامل فى أصول الدين، والإرشاد، وغير ذلك، توفى سنة ٤٧٨هـ. وفيات الأعيان جـ٣ ص ١٦٧، شذرات الذهب جـ٣ ص ٣٥٨، العبر جـ٢ ص ٣٣٩.	٣٥٢
٣٨	عبد الوهاب على بن الكافى بن على بن تمام بن يوسف (ابن السبكى) ولد سنة ٧٢٧هـ، وقيل: غير ذلك، من مؤلفاته: جمع الجوامع، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، منع الموانع فى أصول الفقه، "والأشباه والنظائر" فى الفروع، ومعيد النعم ومبيد النقم، وغير ذلك، توفى سنة ٧٧١هـ. شذرات الذهب جـ٦ ص ٢٢١، النجوم الزاهرة جـ١١ ص ١٠٨، الفتح المبين جـ٢ ص ١٨٤.	٣٥٠
٣٩	عطاء بن السائب الإمام الحافظ، محدث الكوفة، روى عن أبيه، وأنس بن مالك، وعبد الرحمن بن أبى ليلى، وغيرهم، حدث عنه: إسماعيل بن أبى خالد، الثورى، ابن جريج، وغيرهم توفى سنة ١٣٦هـ. سير أعلام النبلاء جـ٦ ص ١١٠، طبقات ابن سعد جـ٦ ص ٣٣٨، شذرات الذهب جـ١ ص ١٩٤.	٤٠٩

م	العـــــــــــلم	رقم الصفحة
٤٠	على أبو الحسن سيف الدين (الآمدى) ولد بمدينة آمد سنة ٥٥٠هـ، من مؤلفاته: الإبكار، الإحكام فى أصول الأحكام، والمنتهى، وغيرهم، توفى بدمشق سنة ٦٣١هـ. شذرات الذهب جـ٥ ص ١٤٤، النجوم الزاهرة جـ٦ ص ٢٨٥، البداية والنهاية جـ١٣ ص ١٤٠- ١٤١.	٣٤٩
٤١	على بن أحمد بن سعيد (ابن حزم الظاهرى) عالم الأندلس فى عصره، ولد بقرطبة، انصرف إلى العلم والتأليف، وكان يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، من مصنفاته: كتاب "المحلى" فى الفقه، وكتاب "الإحكام فى أصول الأحكام" فى الأصول، وغير ذلك، توفى سنة ٤٥٦هـ. الفتح المبين جـ١ ص ٢٤٦، وفيات الأعيان جـ١ ص ٢٨، البداية والنهاية جـ١٢ ص ٩١.	٤٠٦
٤٢	على بن إسماعيل بن أبى بشر (أبو الحسن الأشعرى) شيخ طريقة أهل السنة والجماعة، وإمام المتكلمين، من مصنفاته: الرد على المجسمة، والتبيين عن أصول الدين، وفى الأصول: إثبات القياس، والخاص، والعام وغيرهم، ولد سنة ٢٧٠هـ، وقيل: سنة ٢٦٠هـ، وتوفى سنة ٣٢٤هـ. الفتح المبين جـ١ ص ١٧٤- ١٧٦، البداية والنهاية جـ١١ ص ١٨٧، طبقات الشافعية لابن السبكى جـ٢ ص ٢٤٥.	٣٧٨
٤٣	على بن الحسين بن موسى بن محمد بن إبراهيم، أبو القاسم (الشريف المرتضى) من أحفاد الحسين بن على بن أبى طالب، ولد ببغداد سنة ٣٥٥هـ، نقيب الطالبين، وأحد الأئمة فى علم الكلام والأدب والشعر، من مصنفاته: الغرر والدرر، الشهاب فى الشيب والشباب، تنزيه الأنبياء، الانتصار فى الفقه وغيرهم، توفى ببغداد سنة ٤٣٦هـ. النجوم الزاهرة جـ٥ ص ٣٩، شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٥٦-٢٥٧، الأعلام جـ ٤ ص ٢٧٨- ٢٧٩.	٣٧٥

رقم الصفحة	العـــــــلم	م
٤١٩	على بن عقيل بن محمد (ابن عقيل) البغدادى، الحنبلى، فقيه أصولى، مقرئ واعظ، ولد ببغداد سنة ٤٣١هـ، من مصنفاته: تفضيل العبادات على نعيم الجنات، كتاب "الفنون" فى فروع الفقه الحنبلى فى عشر مجلدات، "الواضح" فى أصول الفقه فى ثلاث مجلدات، توفى سنة ٥١٣هـ. شذرات الذهب جـ٤ ص ٣٥، العبر جـ٢ ص ٤٠٠، النجوم الزاهرة جـ٥ ص ٢١٩، البداية والنهاية جـ١٢ ص ١٨٤.	٤٤
٤٦٧	عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز بن رباح القرشى العدوى، ولد قبل البعثة النبوية بثلاثين سنة، وقيل غير ذلك، أسلم فى السنة السادسة من البعثة النبوية، بويع بالخلافة سنة ١٣ هـ، وهو أول من وضع للعرب التقويم الهجرى، توفى رحمه الله سنة ٢٣هـ. شذرات الذهب جـ١ ص ٣٣، البداية والنهاية جـ٧ ص ١٣٠، تهذيب التهذيب جـ٧ ص ٤٣٨- ٤٤١.	٤٥
٣٤٨	عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن كعب القرشى السهمى، أسلم عام خيبر، وقيل: قبل الفتح بستة أشهر، بعثه رسول الله - ﷺ - أميراً على سرية إلى ذات السلاسل، واستعمله على عمان، وهو أحد الحكمين بين سيدنا على ومعاوية، توفى سنة ٤٣هـ، وقيل: سنة ٤٧هـ. أسد الغابة جـ٤ ص ٢٤٤، طبقات ابن سعد جـ٤ ص ٢٥٤، النجوم الزاهرة جـ١ ص ١٢٢، سير أعلام النبلاء جـ٣ ص ٥٤.	٤٦

رقم الصفحة	العلم	م
٤٥٥	مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر الأصبحى (الإمام) ولد سنة ٩٣هـ، كان إماماً فى الحديث وله فيه الموطأ، وبرع فى الفقه حتى أنه يسمى إمام دار الهجرة، وإليه ينسب المذهب المالكى، توفى رحمه الله سنة ١٧٩هـ. وفيات الأعيان جـ٤ ص ١٣٥، البداية والنهاية جـ١٠ ص ١٧٤، حلية الأولياء للأصبهانى جـ٦ ص ٣١٦- ط ثالثة سنة ١٩٨٠م- دار الكتاب العربى بيروت.	٤٧
٣٦٨	محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب، (الإمام الشافعى) القرشى المطلبى، ولد بغزة، وقيل: غير ذلك، سنة ١٥٠هـ، حفظ الموطأ وهو ابن عشر، وأفتى وهو ابن خمس عشرة سنة، وهو أحد الأئمة الأربعة، توفى سنة ٢٠٤هـ. وفيات الأعيان جـ٤ ص ١٦٣، البداية والنهاية جـ١٠ ص ٢٥١، شذرات الذهب جـ٢ ص ٩، العبر جـ١ ص ٢٦٩.	٤٨
٣٦٨	محمد بن بهادر بن عبد الله التركى المصرى (الزركشى) الفقيه الشافعى الأصولى المحدث، ولد بمصر سنة ٧٤٥هـ، من مصنفاته: البحر المحيط، تشنيف المسامع بشرح جمع الجوامع، لقطة العجلان، كلهم فى الأصول، توفى سنة ٧٩٤هـ. الفتح المبين للمراغى جـ٢ ص ٢٠٩، شذرات الذهب جـ٦ ص ٣٣٥، النجوم الزاهرة جـ١٢ ص ١٣٤.	٤٩
٤٠٩	محمد بن جرير بن يزيد (أبو جعفر الطبرى) المؤرخ المفسر الإمام ولد فى آمل طبرستان سنة ٢٢٤هـ، من تصانيفه: تاريخ الطبرى فى ١١ جزءا، تفسير الطبرى فى ٣٠ جزءًا، اختلاف الفقهاء، المسترشد فى علوم الدين، وغيرهم، توفى سنة ٣١٠ هـ.	٥٠

م	العـــــلم	رقم الصفحة
	شذرات الذهب جـ٢ ص ٢٦٠، العبر جـ١ ص ٤٦٠، البداية والنهاية جـ١١ ص ١٤٥.	
٥١	محمد بن الحسن بن فرقد (صاحب الإمام أبى حنيفة) من موالى بنى شيبان، إمام بالفقه والأصول، ولد بواسط سنة ١٣١هـ، وقيل: غير ذلك، من مصنفاته: الجامع الكبير، الجامع الصغير، الآمالى، وغيرهم توفى بالرى سنة ١٨٩هـ. شذرات الذهب جـ١ ص ٣٢١، البداية والنهاية جـ١٠ ص ٢٠٢، النجوم الزاهرة جـ٢ ص ١٣٠.	٤٥٨
٥٢	محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر (أبو بكر الباقلانى) شيخ أهل السنة ولسانها، أكثر الناس تصنيفا فى الكلام، من مصنفاته: "الإرشاد والتقريب" فى أصول الفقه، "التبصرة"، "دقائق الحقائق"، وغيرهم، توفى سنة ٤٠٣هـ. البداية والنهاية جـ١١ ص ٣٥٠- ٣٥١، شذرات الذهب جـ٣ ص ٦٨، العبر جـ٢ ص ٢٠٧، وفيات الأعيان جـ٤ ص ٣٦٩- ٣٧٠.	٣٥٢
٥٣	محمد بن الطيب (أبو الحسين البصرى) شيخ المعتزلة، ولد فى البصرة وعاش ببغداد، له تصانيف عديدة منها: المعتمد فى أصول الفقه، وشرح الأصول الخمسة، وكتاب الإمامة، وغيرهم، توفى سنة ٤٣٦هـ. شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٥٩، العبر جـ٢ ص ٢٧٢، النجوم الزاهرة جـ٥ ص ٣٨، سير أعلام النبلاء جـ١٧ ص ٥٨٧.	٣٤٩
٥٤	محمد بن عبد الرحيم بن محمد صفى الدين (الهندى) الفقيه الشافعى الأصولى، من مصنفاته: نهاية الوصول إلى دراية الأصول، توفى سنة ٧١٥هـ. طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكى جـ٩ ص ١٦٢- ط ثانية دار المعرفة بيروت، شذرات الذهب جـ٦ ص ٣٧.	٤٣٩

م	العـــــــــلم	رقم الصفحة
٥٥	محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود (كمال الدين بن الهمام) إمام من علماء الحنفية، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه، ولد بالإسكندرية سنة ٧٩٠هـ، من مصنفاته : فتح القدير، التحرير، زاد الفقير، وغيرهم، توفى سنة ٨٦١هـ. شذرات الذهب جـ٧ ص ٢٩٨، الأعلام للزركلى جـ٦ ص ٢٥٥.	٣٥٩
٥٦	محمد بن على بن محمد بن عبد الله (الشوكانى) ولد سنة ١١٧٣ هـ باليمن، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من مؤلفاته: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، إرشاد الفحول فى أصول الفقه، فتح القدير فى التفسير، وغيرهم، توفى سنة ١٢٥٠هـ. الأعلام للزركلى جـ٦ ص ٢٩٨.	٤٠٥
٥٧	محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين البكرى (الإمام الرازى) الإمام المفسر، أحد فقهاء الشافعية المشاهير، برز فى المنقول والمعقول من العلوم، ولد فى الرى سنة ٥٤٤هـ، من مؤلفاته: "المحصول" فى أصول الفقه، "التفسير الكبير" وغيرهما، توفى سنة ٦٠٦هـ. البداية والنهاية جـ١٣ ص ٥٥، شذرات الذهب جـ٥ ص ٢١، النجوم الزاهرة جـ٦ ص ٦٠٦.	٤٦٨
٥٨	محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ابن عابدين) الدمشقى، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية فى عصره، ولد فى دمشق سنة ١١٩٨هـ، من مؤلفاته: "رد المحتار على الدر المختار" فى الفقه، ويعرف بحاشية ابن عابدين، "نسمات الأسحار على شرح المنار" فى أصول الفقه، "وحاشية على المطول" فى البلاغة، وغيرهم، توفى سنة ١٢٥٢هـ. الأعلام للزركلى جـ ٦ ص ٤٢.	٤٣٥

م	العلم	رقم الصفحة
٥٩	محمد بن محمد بن محمد أبو حامد (الإمام الغزالى) ولد بمدينة طوس من أعمال خراسان سنة ٤٥٠هـ، برع فى علوم كثيرة وكان من أذكياء العالم فى كل ما يتكلم فيه، من مصنفاته: إحياء علوم الدين، المستصفى فى أصول الفقه، وإلجام العوام عن علم الكلام، وغيرهم، توفى سنة ٥٠٥هـ.	٣٥٢
.	النجوم الزاهرة جـ٥ ص ٢٠٣، العبر جـ٢ ص ٣٨٧- ٣٨٨، شذرات الذهب جـ٤ ص ١٠، وفيات الأعيان جـ٤ ص ٢١٦.	
٦٠	محمد بن محمد (ابن الحاج) أبو عبد الله العبدرى المالكى الفاسى، فاضل تفقه فى بلاده وقدم إلى مصر، من مصنفاته: مدخل الشرع الشريف، وشموس الأنوار وكنوز الأسرار، وغيرهما، توفى بالقاهرة سنة ٧٣٧هـ. الأعلام للزركلى جـ٧ ص ٣٥، كشف الظنون جـ٢ ص ١٦٤٣.	٤٦٨
٦١	محمد بن محمد بن محمد بن على بن أحمد بن مسعود أبو عبد الله (العبدرى) فقيه رحالة مالكى، ولد بحاحه ونشأ بها، كان قاضيا بمراكش، توفى نحو سنة ٧٠٠ هـ. الأعلام للزركلى جـ٧ ص ٣٢.	٤٦٨
٦٢	محمد بن محمد بن محمود (أبو منصور الماتريدى) من أئمة علماء الكلام، من مصنفاته: مآخذ الشرائع فى أصول الفقه، كتاب التوحيد، بيان وهم المعتزلة، وغيرهم، توفى سنة ٣٣٣هـ. معجم المؤلفين لعمر كحالة جـ١١ ص ٣٠٠ - طبعة مكتبة المثنى بغداد، كشف الظنون جـ١ ص ٢٦٢، ٣٣٥، ٥١٨، ٧٥١.	٣٧٦

م	العلم	رقم الصفحة
٦٣	محمود بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين (الأصفهانى)، ولد سنة ٦٧٤هـ، من مصنفاته: التفسير، أنوار الحقائق الربانية، البيان فى شرح مختصر ابن الحاجب فى الأصول، شرح البديع لابن الساعاتى فى أصول الفقه، وغيرهم، توفى سنة ٧٤٩هـ. شذرات الذهب جـ٦ ص ١٦٥، الأعلام، للزركلى جـ٧ ص ١٧٦.	٤٧١
٦٤	محيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن حسن (الإمام النووى) الفقيه الشافعى الحافظ الزاهد، ولد سنة ٦٣١هـ، من تصانيفه: الروضة، المنهاج، شرح المهذب، المنهاج فى شرح مسلم، رياض الصالحين، وكتاب الأذكار، وغيرهم، توفى سنة ٦٧٦هـ. شذرات الذهب جـ٥ ص ٣٥٤- ٣٥٦، النجوم الزاهرة جـ٧ ص ٢٧٨، العبر جـ٣ ص ٣٣٤.	٤٣٥
٦٥	مسعود بن عمر بن عبد الله (سعد الدين التفتازانى) من أئمة العربية والبيان والمنطق، ولد بتفتازان (من بلاد خراسان) سنة ٧١٢هـ، من مؤلفاته: تهذيب المنطق، المطول فى البلاغة، وحاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب فى الأصول، والتلويح إلى كشف غوامض التنقيح، وغيرهم، توفى سنة ٧٩٣هـ، وقيل: سنة ٧٩١هـ. شذرات الذهب جـ٦ ص ٣١٩ - ٣٢١، الأعلام للزركلى جـ٧ ص ٢١٩.	٣٥٨

م	العلـــــــم	رقم الصفحة
٦٦	معاوية بـن "أبـى سـفيان" صخـر ابـن حـرب بـن أميـة بـن عبـد شمس ابن عبد مناف، القرشى الأموى، أحـد دهـاة العـرب المتميزين الكبار ولـد بمكـة سـنة ٢٠ قبـل الـهجـرة، أسـلم يوم فتح مكة سنة ٨ هـ، توفى سنة ٦٠هـ. الأعـلام لـلزركلى جــ٧ ص ٢٦١ -٢٦٢ - ط خامسـة سـنة ١٩٨٠م دار العلم للملايين بيروت، شذرات الذهب جـ١ ص ٦٥.	٣٤٩
٦٧	النعمان بن ثابت بن زوطى (الإمام أبو حنيفة) الفقيه المجتهد، ولـد بالكوفـة سنة ٨٠هـ، مـن تصانيفـه: "المسـند" فـى الحديث، "والمخـارج" فـى الفقـه، وغيرهمـا، توفـى سـنة ١٥٠هـ. تهذيب التهذيب جـ١٠ ص ٤٤٩، شـذرات الذهـب جــ١ ص ٢٢٧، البدايـة والنهايـة جــ١٠ ص ١٠٧، سـير أعـلام النبلاء جـ٦ ص ٣٩٠.	٤٥٨
٦٨	يعقوب بن إبراهيم الأنصارى (أبو يوسـف) صاحب الإمـام أبـى حنيفة، ولد سنة ١١٣هـ، توفى ببغداد سنة ١٨٢هـ. شذرات الذهب جـ١ ص ٢٩٨، النجوم الزاهرة جـ٢ ص ١٠٧، الطبقات الكبرى لابن سعد جـ٧ ص ٣٣٠.	٤٥٨

فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

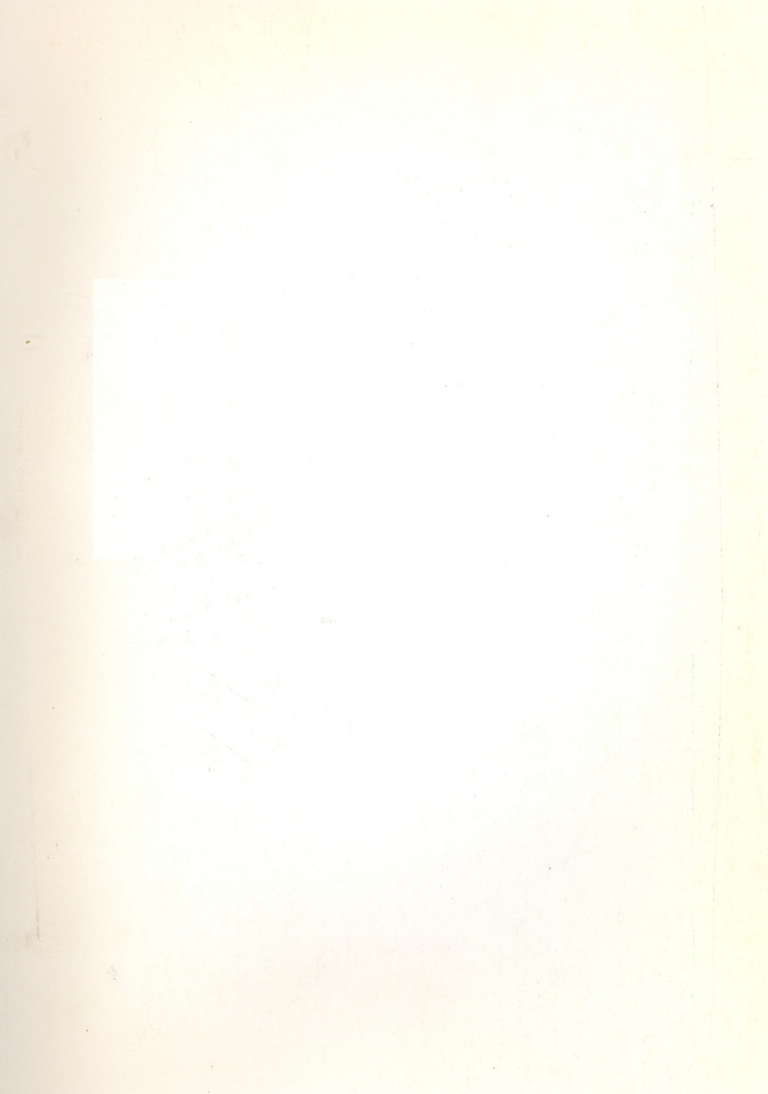
تابع فهرس الموضوعات

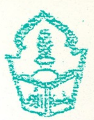
تابع فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

رقم الإيداع بدار الكتب
٩٧ /١٤٤٩٣

الترقيم الدولى
٩٧٧ - ٥٥٣٢ - ٤٣ - ٤

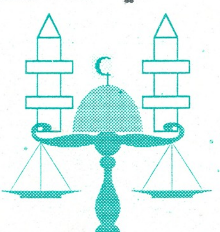




جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



العدد

الحادى عشر

"الجزء الثانى"

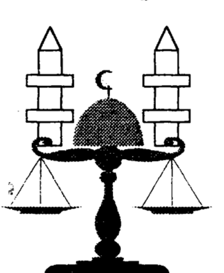




جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



العدد

الحادي عشر

"الجزء الثاني"



محتويات الجزء الثانى



كلية الشريعة والقانون بأسيوط

التحكيم بين الأفراد

فى الفقه الإسلامى

إعداد

د./أحمد عبد العليم عبد اللطيف

المدرس بقسم الفقه العام بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بأسيوط

١٤١٩هـ - ١٩٩٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين ولا عدوان الاعلى الظالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين وامام المرسلين سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه والتابعين باحسان إلى يوم الدين.

وبعـــــــد..

فان الله تعالى أرسل رسوله الكريم بدينه القويم ليهدى به من يشاء الى صراط مستقيم، وأسس شرعه الكريم على أقوى القواعد وأيسر الطرق، مشيدا بالعدل والحق والتقوى مؤيدا بالأدله القاطعة، والحجج الدامغة، التى توصل الحق إلى اصحابه، فتستقر الاحوال لبنى الانسان ويسود الأمن والأمان والطمأنينة والاستقرار، ويعم الحب والود والوئام أرجاء العالم الذى يعانى آثار الظلم والجور والانتقام، ولتطبيق هذا شرع الحكم بين الناس لرفع الظلم عن المظلومين، وايقاع العقاب بالخارجين والمارقين، وأمر الذين يحكمون بين الناس أن يحكموا بالعدل وعدم الميل والانحياز لاحدهما حتى فى النظرة، والتحكيم مظهر من مظاهر الفصل بين الخصوم، يوجد باختيارهم ورضاهم، ومن ثم كان من الواجب اظهار احكامه، حتى يتسنى التعرف عليه فى يسر وسهولة.

والله ولى التوفيق،،

أهمية البحث:

فى التحكيم تيسير على الناس خاصة فى عصرنا هذا حيث يطول زمن التقاضى نظراً لتزاحم المنازعات، وكثرة الخصومات الملقاة على عاتق القضاة ناهيك عن كثرة الاجراءات، والمؤن من رسوم التقاضى، وأجر الوكيل (المحامى) أونحو ذلك من المؤن التى قد تساوى الحق أو تزيد عليه فى بعض المنازعات، الأمر الذى قد يؤدى بدوره إلى هجر أصحاب الحقوق لحقوقهم ابتداء بعدم الذهاب الى مجالس القضاء (المحاكم) أو هجرها اثناء نظر الخصومة، وفضلا عن هذا فان طول الاجراءات يؤدى الى التحايل من جهة من عليه الحق، فاذا كان من عليه الحق يعلم جيدا طول الاجراءات، وحان أجل الاداء، ماطل فى الاداء حتى يضطر صاحب الحق إلى اللجوء الى القضاء فتتاح الفرصة أمام المدين بسبب كثرة الاجراءات وطول امد التقاضى، وهذا فى حقيقته يلحق الضرر بأصحاب الحقوق وهو ممنوع شرعا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولا ضرار ".

كذلك واذا كان التحكيم يتم بارادة المتخاصمين، كان الحكم الصادر من الحكم محلا لقبول الخصوم ورضاهم به حقيقة وحكما، خاصة إذا ما كان المحكم مشهورا بالعدل والورع والتقوى، الذى بدوره يؤدى الى قطع النزاع حقيقة وحكما، حقيقة بالوصول الى الحق، وحكما بايجاد المودة والمحبة بين الخصمين بعد الحكم، بخلاف الحكم الصادر من القاضى فهو وان كان

يقطع النزاع ويأخذ بيد صاحب الحق فى الوصول إلى حقه إلا أنه ينطوى على الالزام بالتقاضى، الذى قد يورث الضغينة، وقد قال سيدنا عمر ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن، وبالصلح يحصل المقصود من القضاء، والتحكم فى حقيقته صلح، والحكم يصلح بين الناس، بتحكيمه وما أحوج الناس الى التصالح بطريق التحكيم.

وهذا لايعنى ترك القضاء فان القضاء هو الأصل فى الفصل فى سائر الخصومات، والحاق العقوبات بالخارجين والمارقين وولايته ولاية عامة، وتعيين القضاة واجب على الامام، فلا يستقيم حال ولا يستقر أمر بغير قضاء عادل، وانما المراد بيان محاسن التحكيم للعمل به بجانب القضاء فى المنازعات التى يجوز فيها، تخفيفا عن كاهل القضاء وتعاونا معه، وعلى الله قصد السبيل.

المبحث الاول
فى
تعريف التحكيم، وركنه، ووصفه الشرعى، ودليله

أولا: تعريف التحكيم:

التحكيم فى اللغة مصدر من حكم بالتشديد أى فوض اليه الحكم، أو أمر بالحكم، أو أجيز حكمه، يقال حكموه فيما بينهم أى أمروه أن يحكم، ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أى أجزنا حكمه بيننا، وقال حكمته فى مالى إذا فوضت اليه الحكم فيه.(١)

وفى اصطلاح الفقهاء يطلق ويراد به تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما. (٢) (٣)

---

(١) لسان العرب لابن منظور ط دار احياء التراث العربى بيروت لبنان جـ ٣ ص ٣٧١.

(٢) رد المحتار على الدر المختارط دار احياء التراث العربى بيروت - لبنان ط ثانية ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م جـ٤ص ٣٤٧، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان جـ٧ ص ٢٤.

(٣) وانظر هذا المعنى فى الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى الحنفى ط مصطفى الحلبى جـ ٣ ص ١٠٨، وفتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام، والعناية على الهداية للبابرتى ط مصطفى الحلبى بمصر ط اولى ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م (-) جـ٧ص٣١٦، المنتقى شرح الموطأ للامام الباجى ط دار الكتاب العربى بيروت لبنان ط ثانية سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م جـ ٥ص ٢٢٦، تكملة المجموع شرح المهذب = لمحمد نجيب المطيعى ط مكتبة الارشاد جدة المملكة العربية السعودية جـ ٢٢ ص ٣٣٤، مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج لمحمد الشربينى ط مصطفى الحلبى بمصر ١٣٧٧ - ١٩٥٨م شرح منتهى الارادات لمنصور بن ادريس البهوى ط دار الفكر جـ ٣ص ٤٦٧.

ثانيا: ركن التحكيم:

التحكيم عقد من العقود، ومن ثم فينعقد بما ينعقد به أى عقد من الايجاب والقبول بالالفاظ الدالة عليه، وقد ذكر ابن نجيم الحنفى فى كتابه البحر الرائق ما يفيد ذلك بما نصه: (وركنه هو اللفظ الدال عليه مع قبول الاخر، فلوحكما رجلا فلم يقبل لايجوز حكمه). [1] [2]

ثالثا: الوصف الشرعى للتحكيم:

الوصف الشرعى هو ما يحكم به الشارع على أقوال الانسان أو أفعاله من اباحة، أووجوب، أوفرض، أوحرمة، أوكراهية.[3]

والوصف الشرعى للتحكيم عند جمهور الفقهاء هو الجواز أو الاباحة [4]

وذهب بعض فقهاء الشافعية إلى عدم جواز التحكيم مطلقا، وذهب البعض الآخر منهم إلى جوازه بشرط عدم وجود قاضى بالبلد.

الأدلة:

استدل القائلون بعدم الجواز مطلقا بالمعقول.

---

[1] البحر الرائق لابن نجيم جـ ٧ ص ٢٤، رد للمحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ٤ ص ٣٤٨.

[2] انظر هذا المعنى فى المراجع السابقة.

[3] احكام الاسرة فى الاسلام أ.د/ سعد محمد حسن ط العدوى بأسيوط ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م ص ١٠ .

[4] المراجع السابقة.

ووجهه: ان فى جواز التحكيم افتيات على الامام.[1]

واستدل القائلون بجوازه بشرط عدم وجود قاض بالبلد بالمعقول أيضا

ووجهه: ان الاصل فى الفصل فى المنازعات هو القضاء، ولا يعدل عن ذلك الأصل الالضرورة وهى عدم وجود قاض فى البلد.[2]

واستدال الجمهور بالكتاب، والسنة:

أما الكتاب فقوله تعالى:"فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"[3]

وجه الدلالة من الاية:

انه لما جاز التحكيم بين الزوجين دل هذا على جوازه فى سائر الخصومات،[4] الاماستثنى كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

وأما السنة: فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابى شريح: (إن الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم، قال إن قومى إذا اختلفوا فى شئ أتونى فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين بحكمى، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحسن هذا، فمن أكبر ولدك قال شريح قال فأنت أبو شريح).[5]

---

[1] مغنى المحتاج للشربينى جـ ٤ ص ٣٧٩.

[2] المرجع السابق.

[3] سورة النساء الاية: ٣٥.

[4] البناية على الهداية للعينى ط دار الفكر ط أولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م جـ ٧ ص٦٦.

[5] الحديث أخرجه النسائى فى سننه من آداب القضاء، واخرجه أبو داود عن شرح بن هانئ بسند صحيح برقم ٤٩٥٥، النسائى جـ ٧ ص ٢٢٦.

وجه الدلالة من الحديث:

ان هذا الحديث يدل على جواز التحكيم لانـه لـو لـم يكـن جائزا لما أقر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا شريح على ما قال، والتقرير أحد وجوه السنة.

وما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قـال: (مـن حكـم بين اثنين تراضيا فلم يعدل بينهما فهو ملعون) [١]

وجه الدلالة من الحديث:

أن هذا الحديث يدل على جواز التحكيم، والإلـزام والإلمـا رتب رسول الله صلى الله عليـه وسـلم اللعـن علـى عـدم العـدل لانهما يمكنهما ترك الحكم إذا كان جوراً. [٢]

وما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سـعد بن معاذ فى بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم).[٣]

وأما الاجماع: فان الصحابة رضوان اللـه عليهـم كـانوا مجمعيـن على جواز التحكيم، [٤] ويدل لهذا ماروى أنه كان بين عمـر بـن الخطاب، وأبى بن كعب منازعة فى نخل فحكمـا بينهمـا زيـد بـن ثابت رضى الله عنه، فأتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الى

---

[١] الحديث اخرجه النسائى فى سننه، تلخيص الخبير ١٨٥/٤.

[٢] الزجيرة لشهاب الدين القرافى المالكى ط دار الغرب الاسلامى تحقيق الاستاذ محمد بوخبزة جـ ١٠ ص ٣٥.

[٣] الاثر ورد فى فتح القدير حـ٧ ص ٣١٦.

[٤] البناية على الهداية جـ ٧ ص٦٦، فتح القدير، والعناية على الهداية جـ ٧ ص ٣١٦، ٣١٧.

مآيتك بأمير المؤمنين فقال عمر فى بيته يؤتى الحكم فدخلا بينه فألقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتنى، فقال أبى نعفى أمير المؤمنين ونصدقه. [1]

وأيضا تحاكم عثمان بن عفان، وطلحة بن عبيد الله رضى الله عنهما الى جبير بن مطعم رضى الله عنه. [2]

اعتراض على الاستدلال بهذا الاثر، والذى قبله:

إن عمر وعثمان رضى الله عنهما كانا خليفتين فإذا حكما أحدا صار قاضيا [3] فمن ثم يكون تحكيمهما قضاءالاحكيما.

الجواب عن ألاعتراض:

انه لم ينقل عن عمر وعثمان أكثر من رضاهما بالحكم وذلك لايصير به المحكم قاضيا، لان الرضا بالصورة الخاصة لايصير بها أحد قاضيا. [4]

أيضا يمكن الاستدلال على جواز التحكيم من المعقول، وهو من وجهين:

الاول: القياس على الصلح من حيث ان كلا منهما من باب الاصلاح بين الناس حيث ان المحكم يقوم برفع المنازعة القائمة

---

(1) الاثر: أخرجه البيهقى فى سننه عن الشعبى.

(2) الاثر: أجرجه البيهقى فى سننه عن الشعبى.

(3) الزخيرة للقرافى جـ١٠ ص ٣٥، المجموع جـ٢٢ ص٣٢٤.

(4) المرجعين السابقين نفس الصحيفات.

بين الخصمين كالمصالح، فهو صلح من حيث المعنى [١] فكما يجوز الصلح فكذلك التحكيم، وهذا فى نظرى يرقى بالتحكيم من مرتبة الجواز الى مرتبة الندب.

الثانى: أن التحكيم اذا كان برضا المحكمين يكون قد صدر ممن له ولاية فيصح. [٢]

القول المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء فى الوصف الشرعى للتحكيم ارى النفس تطمئن الى اختيار القول بالجواز لقوة ادلته وسلامتها من المعارضة، واذا ثبت هذا فلا مانع من اصطحاب القول بالجواز حتى يتسنى تفصيل القول فى التحكيم لبيان أحكامه، وعلى الله قصد السبيل.

---

[١] لان الصلح مندوب اليه شرعا بقوله تعالى: " والصلح خير " فتح القدير على الهداية جـ ٧ ص ٣١٦، ٣١٧.

[٢] المراجع السابقة نفس الصفحات.

المبحث الثانى

الفرق بين القضاء والتحكيم

حتى يتضح الفرق بين القضاء والتحكيم يتعين التعرض لامرين وهما: الفرق بين التحكيم بتولية الامام، والتحكيم بتولية الخصمين، وأوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم، وذلك فى المطالب الاتية:

المطلب الاول

الفرق بين التحكيم بتولية الامام وتولية الخصمين

اذا كان التحكيم بتولية الامام، فان المحكم يأخذ صفة القاضى فى كل شئ ويكون بمنزلته، ويكون حكمه كحكمه،[١] ومن ثم فيكون الكلام فيه كالكلام فى القضاء، وهو ليس بموضوع لهذا البحث ومن ثم فسيكون الكلام فى هذا البحث قاصرا على التحكيم بتولية الخصمين ورضاهما إن شاء الله تعالى.

المطلب الثانى

أوجه الاتفاق بين القضاء والتحكيم

(١) انه يشترط فى الحكم مايشترط فى القاضى من حيث أهلية الشهادة، وأهلية الاجتهاد.

(٢) ان الحكم الصادر من المحكم، يكون بمنزلة حكم القاضى المقلد.[٢] من حيث عدم جواز نقضه على المختار.

---

[١] البحر الرائق شرح كنز الدقائق – لابن نجيم جـ٧ ص ٢٥.

[٢] بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٧ ص ٥.

المطلب الثالث

أوجه الفرق بين القضاء والتحكيم

القضاء، والتحكيم يفترقان فى أمور منها:

(١) ان التحكيم لايكون فى الحدود، وكذا القصاص على المختار، بخلاف القضاء الذى يكون فى الحدود وغيرها باتفاق الفقهاء.

(٢) أن التحكيم لايلزم مالم يتصل به الحكم، فلو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه، واذا حكم صار لازما، بخلاف القضاء الذى يلزم بمجرد رفع الدعوى، ولايصح فيه رجوع.

(٣) ان نقص حكم المحكم محل خلاف، بخلاف حكم القاضى الذى لايصح نقضه بالاتفاق.[١]

(٤) أن حكم المحكم لايتعدى الى غير المحكمين، بخلاف حكم القاضى الذى يتعدى إلى غير المتخاصمين.

(٥) ان التحكيم لايصح إلا بتراضى الخصمين على كونه حكما، بخلاف القضاء الذى يكون بتوليه الامام الذى ينوب عن المسلمين.

(٦) كتاب القاضى الى القاضى يجوز بالاتفاق، بخلاف كتاب المحكم الى القاضى وعكسه، ففى جوازه خلاف.

(٧) ان المحكم لايتقيد ببلد، بخلاف القضاء الذى يتقيد ببلد القاضى.[٢]

هذه هى بعض الامور التى يخالف فيها المحكم القاضى.

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٧ ص ٥، الحاوى الكبير للماوردى جـ ١٦ ص٣٢٥.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ٧ ص ٢٧، ٢٨، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص ٣٢٥، ٣٦، ٣٢٧، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص٣٤٨، ٣٤٩، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٤٤، المنتقى للامام الباجى جـ ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها.

المبحث الثالث
فى
شروط التحكيم

لكى يصح التحكيم لابد من توافر بعض الشروط، وهذه الشروط منها ما يرجع الى الحكم، ومنها ما يرجع الى المحكمين، ومنها مايرجع الى الشئ محل التحكيم، واليك بيان ذلك:

أولا: مايرجع الى الحكم من شروط:

حتى يصح التحكيم وينفذ لابد وأن يكون الحكم أهلا للقضاء ن فان لم يكن من أهل القضاء بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكمه.[1]

وأهلية القضاء تتحقق بأهلية الشهادة، وأهلية الاجتهاد وأهلية الشهادة تتحقق بالأمور الآتية:

(١) الاسلام، اذا كان التحكيم بين مسلمين فيشترط إسلام المحكم،

---

[1] البحر الرائق لابن نجيم جـ ٧ ص٢٤، فتح القدير، والعناية على الهداية جـ ٧ ص ٣١٧، الزخيرة للامام القرافى جـ ١٠ ص ٣٦، الحاوى الكبير فى شرح مختصر المزنى لابن الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان جـ١٦ ص ٣٢٥، المغنى،والشرح الكبير على متن المقنع للامام موفق الدين، وشمس الدين ابنى قدامة ط دار الفكر جـ ١١ ص ٤٨٤، البناية على الهداية للعينىجـ٧ ص٦٧، تبصرة الحكام فى اصول الاقضية والأحكام للإمام أبى عبد الله بن فرحون المالكى ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان اولى جـ١ ص٤٤، مغنى المحتاج للشربينى جـ٤ ص٣٧٨، المجموع شرح المهذب جـ ٢٢ ص ٣٢٤، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٤٦٧.

وهذا باتفاق الفقهاء من الحنفية [١]، والمالكية [٢]، والشافعية[٣] والحنابلة [٤]، وعلى هذا فلا يجوز تحكيم الكافر والذمى بين المسلمين لانه ليس من أهل القضاء وليس من أهل الشهادة، لان كلا من القضاء والشهادة ولاية والكافر ليس أهلا للولاية لقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " [٥]، وماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: " لا ولاية لغير المسلم على المسلم " [٦]

ويصح تحكيم الكافر والذمى بين الكفار والذميين لان لهم ولاية على بعض، قال تعالى: " والذين كفروا بعضهم أولياء بعض[٧]

(٢) الحرية، فلا يجوز تحكيم العبد باتفاق الفقهاء.[٨]

وذلك لان العبد لايلى أمر نفسه، فلا يلى أمر غيره.

(٣) العقل [٩]، كذلك يشترط فى الحكم أن يكون عاقلا، وعلى هذا لايصح تحكيم المجنون، ومن فى حكمه، والمعتوه ومن فى

---

[١] انظر فتح القدير والعناية على الهداية جـ ٧ ص ٢٥٢.
[٢] تبصرة الحكام -لابن فرحون جـ جـ ١ ص ٤٤، المنتقى للباجى- جـ ٥ ص ٢٢٨.
[٣] مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٧٥.
[٤] شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٤٦٤.
[٥] الاية ١٤١ من سورة النساء.
[٦] الحديث.
[٧] الاية ٧٣ من سورة الانفال.
[٨] المراجع السابقة نفس الصحيفات.
[٩] فتح القدير، والعناية على الهداية جـ٧ ص٢٥٢، تبصرة الحكام جـ١ ص٤٤، المنتقى للباجى جـ ٥ ص٢٢٨، مغنى المحتاج جـ ٤ ص٣٧٥ شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٤.

حكمه، وذلك لانهم غير مكلفين، فهم تحت ولاية الغير فلا يكونون أولياء على غيرهم، [1] وهذا باتفاق الفقهاء أيضا.

(٤) الذكورة، ومن ثم فلا يصح تحكيم المرأة، وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء، تبعا لاختلافهم فى جواز قضاء المرأة.

فذهب الشافعية [2] والحنابلة [3] والمالكية [4] فى قول الى عدم صحة تحكيم المرأة، واذا حكمت فحكمها باطل.

وذهب الحنفية، [5] الى القول بجواز تحكيم المرأة الا فى الحدود والقصاص، والى هذا ذهب بعض المالكية.

وذهب المالكية فى قول آخر الى جواز تحكيم المرأة اذا حكمت فيما يختلف الناس فيه.

وفى قول آخر للمالكية يجوز تحكيمها اذا كانت بصيرة عارفة مأمونة الا فى خطأ بين. [6]

الادلـــــــة:

استدل أصحاب القول الاول على عدم الجواز، بالقياس على القضاء والشهادة، فكما لاتجوز شهادتها، لايجوز قضاؤها،

---

[1] شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٤.

[2] أدب القضاء لشهاب الدين أبى اسحاق المعروف بابن أبى الدم الشافعى ط اولى مطبعة الارشاد بغداد ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م جـ١ ١٤٥.

[3] شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٤٦٤، ٤٦٧.

[4] المنتقى للبساجى جـ ٥ ص٢٢٨، الزخيرة للقرافى جت ١٠ ص ٣٦.

[5] فتح القدير على الهداية جـ ٧ ص ٣١٦، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ ٧ ص ٢٤.

[6] تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٤٤، المنتقى للباجى جـ٥ ص ٢٢٨.

وكذلك تحكيمها. [١] ولقوله صلى الله عليه وسلم: " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " [٢]

ولان النساء ناقصات عقل ودين [٣] فهى ليست أهلا للخصومة مع الرجال فى محافل الخصوم.

ولم يول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أحد من حلفائه امرأة قضاء. [٤]

واستدال القائلون بالجواز بما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ولى الشفاء وهى أم سليمان بن أبى جثمة سوق المدينة، ولابد لوالى السوق من الحكم بين الناس ولوفى صغار الامور. [٥]

وأيضا استدلوا على جواز تحكيمها بالقياس على جواز شهادتها ولما كانت أهلا للشهادة فى غير الحدود والقصاص كانت أهلا للقضاء فى غيرهما، واذا جاز قضاؤها فلأن يجوز تحكيمها من باب الأولى. [٦]

ولان للمرأة ولاية على نفسها فيصح تحكيمها. [٧]

---

[١] مغنى المحتاج جـ ٤ ص، شرح منتهى الارادات جـ ٣ ص ٤٦٤.

[٢] الحديث أخرجه البخارى فى حصيحه جـ٣ ص٨٤، جـ٤ ص٣٧٦، والنسائى فى سننه جـ ٢ ص٣٠٥، والترمذى فى سننه جـ ٣ ص ٤٣، والحاكم فى المستدرك جـ٣ص ١١٨.

[٣] مغنى المحتاج جـ٤ ص ٣٧٥.

[٤] شرح منتهى الارادات جـ ٣ص٤٦٤.

[٥] المنتقى للباجى جـ٥ ص ٢٢٨.

[٦] فتح القدير جـ ٧ ص ٢٩٧.

[٧] المرجع السابق.

والمختار من هذه الاقوال هو ماذهب اليه جمهور الفقهاء من القول بعدم جواز تحكيمها لما استدلوا به، ولما قد يترتب على مخالطة المرأة للرجال من مفاسد.

(٥) البلوغ، كذلك يشترط لصحة التحكيم أن يكون الحكم بالغا، وهذا ما ذهب اليه الفقهاء من الحنفية والشافعية، والحنابلة، والمالكية فى قول.[١]

وعلى هذا فلا يصح تحكيم الصبى، واذا حكم فلا يلزم حكمه.

واستدلوا على ذلك بما يأتى:

(١) ان الصبى ليس من أهل الشهادة [٢] فلا يصح تحكيمه.

(٢) ان غير المكلف تحت ولاية غيره فلا يكون واليا على غيره.[٣]

(٣) ولانه بالتحكيم يصير حاكما كالمولى من جهة الحاكم [٤] فلابد وأن يكون من أهل الولاية العامة.

وذهب المالكية فى قول آخر الى جواز تحكيم الصبى، وذلك قياسا على جواز وكالته.[٥]

---

[١] فتح القدير على الهداية جـ ٧ ص ٣١٦، الحاوى للماوردى جـ١٦ ص٣٥٢ شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٥، أدب القضاء لابن ابى الدم جـ١ ص٤٣١، المنتقى للباجى جـ٥ ص٢٢٨.

[٢] فتح القدير، والعناية على الهداية جـ ٧ ص ٣١٦.

[٣] شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٥.

[٤] الحاوى للماوردى جـ ١٦ ص٣٢٥.

[٥] المنتقى للباجى جـ٥ ص٢٢٨، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص٤٤.

سبب الخلاف فيما تقدم:

هو هل التحكيم من باب الوكالة فلا يشترط فيه البلوغ، أم من باب الولاية فى حكم خاص فيشترط فيه مايشترط للولاية.

فمن رأى انه من باب الوكالة قال بجواز تحكيم الصبى والمرأة، وغيرهما، عدا ذاهب العقل كالمجنون، وامثاله، ومن رأى انه من باب الولاية فى حكم خاص قال باشتراط شروط الولاية، ومن ثم فلا يجوز تولية الصبى، والمرأة ونحوهما ممن لاتجوز شهادته.

(٦) العدالة:

اتفق الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة على اشتراط العدالة فى المحكم، ومن ثم فلا يجوز تحكيم الفاسق، واذا حكم فلا يصح تحكيمه ولا ينفذ حكمه.[١]

ويرى الحنفية ما يراه جمهور الفقهاء الاانهم يرون ان المحكم وان كان لايجوز تحكيمه لكن اذا حكم يجوز تحكيمه وينفذ حكمه، [٢] فعدم الجواز عند الحنفية معناه الاولى عدم تحكيمه.

استدل الجمهور على عدم جواز تحكيم الفاسق:

بان الفاسق فيه نقص بمنع قبول شهادته[٣] لقوله تعالى: "يأيها الذين آمنوا إن جأكم فاسق بنبأ فتبينوا " [٤]

---

[١] الزخيرة للامام القرافى جـ ١٠ ص٣٦، مغنى المحتاج جـ٤ ص٣٧٥، الحاوى للماوردى جـ١٦ ص١٥٨، شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٤.

[٢] فتح القدير على الهداية جـ ٧ ص٣١٦.

[٣] شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٤.

وجه الدلالة من الاية:

انه لايجوز أن يكون الحاكم ممن لايقبل قوله، ويجب التبيين عند حكمه.

ولان الفاسق لايجوز أن يكون شاهدا فأولى أن لايكون قاضيا،[1] واذا كان لايصح أن يكون قاضيا فلا يصح أن يكون حكما.

واستدل الحنفية على جواز تحكيم الفاسق بانه ليس من أهل الشهادة، فلا يصح أن يتولى القضاء،[2] واذا لم يصح أن يتولى القضاء، فلا يصح توليه التحكيم.

وعلى ما تقدم يكون عدم جواز تحكيم الفاسق متفق عليه بين الفقهاء.

(٧) ان لايكون محدودا فى قذف، اتفق الفقهاء [3] على عدم جواز تحكيم المحدود فى قذف، وذلك لانه ليس من أهل الشهادة فلا يكون أهلا للتحكيم.

(٨) البصر: لان الاعمى لايميز المدعى من المدعى عليه، ولا المقر من المنكر، فلا يجوز تحكيمه.

(٩) النطق: لان الاخرس لايمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس اشارته، ومن ثم فلا يجوز تحكيم الأخرس.

---

(٤) الاية ٦ من سورة الحجرات.

(١) شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٤، فتح القدير على الهداية جـ٧ ص٣١٦.

(٢) فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص٣١٦.

(٣) المرجع السابق نفس الصحيفة، شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٤.

(١٠) السمع: لان الأصم لايسمع كلام الخصمين، فلا يجوز تحكيمه[١]

هذا بالنسبة لما يتعلق باهلية الشهادة.

وأما أهلية الاجتهاد فتتحقق بأمور منها:

أن يعلم الكتاب، والسنة، باقسامهما من عبارتهما واشارتهما، ودلالتهما واقتضائهما، وناسخهما ومنسوخهما، ومناط أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع فى القياس فى مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه يقدمه على القياس فلا يقيس فى معارضة قول الصحابى[٢]

ويعلم عرف الناس أونحو ذلك مما لايتسع المقام لذكره فى هذا البحث.

هذا وأهلية الاجتهاد محل خلاف بين العلماء على النحو التالى:

أقوال الفقهاء فى اشتراط اهلية الاجتهاد:

لما كانت أهلية القضاء شرط فى المحكم فيمكن استخلاص مدى اشتراط أهلية الاجتهاد فى المحكم وعدم اشتراطها من خلال اشتراطها فى القاضى وعدم اشتراطها، وذلك ببيان أقوال الفقهاء فيها:

---

[١] بدائع الصنائع للكاسانى جـ٧ ص ٤،٣، شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤٦٥،٤٦٦، المنتقى للباجى جـ٥ ص٢٨٨، معنى المحتاج ٣٧٥، الحاوى الكبير جـ١٦ ص١٥٨ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٣٨٢.

[٢] فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص٢٥٩، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٣٨٤، مغنى المحتاج للشربينى جـ٤ ص٣٧٥ وما بعدها.

(١) ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة وبعض الحنيفية الى القول باشتراط أهلية الاجتهاد فى القاضى،[١] ومن ثم فلا يجوز تقليد القضاء لغير المجتهد.

(٢) وذهب الحنفية فى القول الثانى الى أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية وليست شرط التولية، وعلى هذا فيصح تقليد غير المجتهد كالمقلد. [٢]

الادلــــة:

استدل الجمهور على اشتراطهم أهلية الاجتهاد: مما يأتى

أولا الكتاب: قال تعالى: "وان أحكم بينهم بما أنزل الله " [٣]

وقال تعالى: "لتحكم بين الناس بما أراك الله" [٤]

وقال تعالى: " فان تنازعتم فى شئ فردوه الى الله والرسول"[٥]

وجه الدلالة من الآيات:

ان العامى أو المقلد لايمكنه الحكم على ماجاء فى الآيات الكريمة، واذا لم يمكنه الحكم على ماجاء فيها حكم بجهل واذا حكم بجهل لم يكن حكمه هو ما أنزل الله، فلايجوز.

ثانيا السنة: ماروى بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " القضاة ثلاثة إثنان فى النار وواحد فى الجنة، رجل

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٣٨٣، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص٣٢٥، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص٤٤.

(٢) فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص٢٥٦، ٢٥٧.

(٣) الاية ٤٩ من سورة المائدة.

(٤) الاية ١٠٥ من سورة النساء.

(٥) الاية ٥٩ من سورة النساء

علم الحق فقضى به فهو الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار ورجل جار فى الحكم فهو فى النار".(١)

وجه الدلالة: ان العامى إذا قضى فانما يقضى بجهل وهو لايجوز.(٢)

دليل القول الثانى:

إن الجاهل أو المقلد يمكنه أن يقضى بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق إلى مستحقه، ويؤيد ذلك ماروواه أحمد بن حنبل فى مسنده ان عليا رضى الله عنه قال انفذنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وانا حديث السن فقلت تنفذنى الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لى بالقضاء، فقال ان الله سيهدى لسانك ويثبت قلبك فما شككت فى قضاء بين اثنين بعد ذلك.(٣)

وجه الدلالة:

ان هذا الحديث يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز، لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد.(٤)

---

(١) الحديث رواه ابن ماجة فى سننه برقم ٢٣١٥، والبيهقى جـ ١٠/ ١٦٦، وصححه، وابو داود برقم ٣٥٧٣، ورواه الحاكم فى المستدرك عن بريدة وصححه ٤/٩٠، ورواه الطبرانى فى الاوسط والكبير عن ابن عمر، وأبوداود فى باب الاقضية عن بريدة بن الحصيب ٣/٢٩٩، وانظر مجمع الزوائد ٤/١٩٣، ونيل الاوطار ٧/٢٢٧٤، سبل السلام ٤/١١٦، نصب الراية ٤/٦٥، والبيهقى ١٠/١١٧، والترغيب والترهيب لابن عبد القوى ط النور الاسلامية جـ ٣ ص ١٣٨.

(٢) المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٣٨٣،٣٨٤.

(٣) الحديث رواه الامام أحمد بن حنبل فى مسنده.

(٤) فتح القدير والعناية على الهداية جـ ٧ ص٢٥٧، ٢٥٨.

القول المختار:

بعد عرض أقوال الفقهاء فى اشتراط الاجتهاد وعدمه أرى ان القول المختار هو ماذهب اليه الحنفية لما استدلوا به، ولان قولهم بان الاجتهاد شرط الأولوية يتفق والواقع لان المجتهد لايوجد فى كل عصر فى الغالب، واذا وجد فى كل عصر فكيف يتولى قضاء البلاد الاسلامية مترامية الطراف فى وقت واحد، فالقول بجواز تقليد العامى المقلد فيه إمكان تولى منصب القضاء، اما القول باشتراط الاجتهاد فى القاضى فيؤدى الى سد باب القضاء فى أغلب الأحيان، ويؤيد هذا ماقاله الامام الغزالى رحمه الله: "اجتماع هذا الشرط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر فى عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وان كان جاهلا فاسقا.[١]

واذا كان هذا هو الحال فى عصر الامام الغزالى فكيف يكون الحال فى عصرنا.

هذه هى شروط التحكيم الخاصة بالمحكم (بالفتح)، واليك شروط التحكيم الخاصة بالمحكمين (بالكسر).

ثانيا: ما يرجع الى المحكمين من شروط:

أيضا حتى يصح التحكيم وينفذ يشترط فى المحكمين ما يأتى:

(١)العقل: [٢] فلا يصح التحكيم من جهة الصبى غير المميز ومن فى حكمه كالمجنون، والمعتوه، وذلك لان هؤلاء لاولاية لهما على أنفسهما فلا يصح أن يوليا الأمر الى غيرهما.

---

[١] فتح القدير على الهداية جـ٧ ص٢٥٣.

[٢] البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ٧ ص٢٤.

(٢) الرضا بالتحكيم: حتى يصح التحكيم وينفذ لابد وأن يتراضى الخصمان على التحكيم الى وقت الحكم فان رضى به أحدهما ولم يرض الأخر، أو رضيا به ثم رجعا، أورجع أحدهما بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكم المحكم سواء حكم للراضى أو للراجع منهما.[1]

ثالثا: مايرجع الى الشئ محل التحكيم:

حتى يصح التحكيم وينفذ يشترط فى محله أن لايكون حقا من حقوق الله تعالى، فان كان لايجوز التحكيم ولاينفذ، وسأتعرض لتوضيح ذلك عند الكلام عما يجوز فيه التحكيم ومالا يجوز ان شاء الله تعالى.

ويلاحظ انه حتى يكون الحكم أهلا للتحكيم، كذلك يتعين استمرار هذه الاهلية من وقت التحكيم الى وقت الحكم به، وعلى هذا لوحكما عبدا فعتق أوصبيا فبلغ أونميا فأسلم، ثم حكم لم ينفذ حكمه، وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد والعياذ بالله لم ينفذ حكمه.[2]

---

[1] الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص٣٢٥، مغنى المحتاج جـ٤ ص٣٧٩، المجموع شرح المهذب جـ٢٢ ص٣٢٤، فتح القدير، والعناية على الهداية جـ٧ ص٣١٧، المنتقى للباجى جـ٥ ص٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص٤٣، الزخيرة للقرافى جـ١٠ ص٣٦، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٤٨٤، وما بعدها.

[2] البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ ٧ ص٢٤.

المبحث الرابع

صفـــة التحكـــيم

التحكيم عقد من العقود، والعقود من حيث صفتها تنقسم الى عقود لازمة وغير لازمة، والمراد من هذا المبحث معرفة كون التحكيم من العقود اللازمة، أو الجائزة، وهل هو جائز مطلقا أم لازم مطلقا، أم هو جائز ابتداء لازم انتهاء هذا ماسيتضح من التفصيل الاتى:

أولا: التحكيم بعد التعاقد قبل النظر فى الخصومة:

التحكيم بعد التعاقد قبل النظر لازم لطرفيه بمجرد التعاقد جلسا للخصومة ام لا، نظر الحكم فى الخصومة ام لا، وهذا ما يراه ابن الماجشون من فقهاء المالكية.

ووجه هذا القول أن التحكيم عقد والعقد يلزم بالتراضى كذلك التحكيم بين الزوجين يلزم بالقول فكذلك التحكيم بين غيرهما. [1]

ثانيا: التحكيم بعد التعاقد بعد شروع الحكم فى النظر بينهما:

وذهب بعض الفقهاء الى القول بأن التحكيم بعد التعاقد جائز مالم يشرع الحكم فى النظر بينهما ولا يلزم بالقول كما قال ابن الماجشون، وهذا ما يراه ابن القاسم من فقهاء المالكية ومن تبعه.

---

[1] المنتقى للباجى جـ ٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص٤٣ وما بعدها.

ووجه هذا القول. قياس التحكيم على الوكالة فى الخصومة فكما لايصح للموكل أن يعزل وكيله بعدما يشرع فى الخصومة عند القاضى فكذلك التحكيم، أما قبل الشروع فى النظر فى الخصومة بينهما من جهة القاضى فيجوز له عزله.

والدليل على انه وكالة. ان حكم المحكم حكم خاص، لان حكمه انما يكون باذن من يحكم له أوعليه، وهذا معنى الوكالة.[1]

ثالثا: التحكيم بعد العقد الى حين الشروع فى الحكم:

يرى بعض الشافعية ان خيار المحكمين ينقطع بشروع الحكم فى الحكم، فاذا شرع فيه صار لازما لهما.

ووجه هذا أن القول بالخيار بعد الشروع فى الحكم مفضى الى انه لايلزم بالتحكيم حكم اذا رأى أحدهما توجه الحكم عليه فيصير التحكيم لغوا. [2]

رابعا: التحكيم بعد التعاقد الى حين الحكم:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، [3] والمالكية [4] والشافعية[5] والحنابلة [6] إلى القول بثبوت الخيار للمحكمين من حين العقد الى حين الحكم فى الخصومه، ومن ثم يجوز لاحد

---

(1) المنتقى للباجى جـ ٥ ص٢٢٧، تبصرة الحكام لايدبن فرحون جـ١ ص٤٤.

(2) الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص٣٢٦.

(3) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٧ ص٥، فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص٣١٧.

(4) المنتقى للباجى جـ٥ ص٢٢٧، تبصرة الحكام جـ١ ص٤٤.

(5) ادب القضاء لابن أبى الدم جـ ١ ص١٤٦، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ص٣٢٦.

(6) شرح القدير، الارادات للبهوتى جـ٣ ص٤٦٧.

المحكمين أن يرجع عن رضاء بالتحكيم الى أن يحكم الحكم فى الخصومة فاذا حكم صار التحكيم لازما لهما.

ووجه هذا القول: ان الحكم مقلد من جهة المحكمين فله عزله قبل أن يحكم، كما ان للحاكم ان يعزل القاضى قبل أن يحكم.

وايضا استدلوا على جواز الرجوع بالقياس على الوكالة وهو أن الحكم لايلزم الابرضا الخصمين، فيجوز الرجوع قبل الحكم كرجوع الموكل قبل تصرف وكيله فيما وكل. [1]

سبب الخلاف

يمكن رد سبب الخلاف الى الامور الاتية:-

هل التحكيم من باب الولاية فى حكم خاص، فيلزم التحكيم بمجرد العقد ؟

أم أن التحكيم من باب الوكالة فلا يلزم الا بالشروع فى التصرف من جهة الوكيل ؟

أم ان التحكيم من باب الوكالة بالخصومة عند القاضى فيلزم بمجرد الايجاب والقبول، ومن رأى الثانى قال ان التحكيم لايلزم الا بالحكم، ومن رأى الثالث قال لايلزم قبل الشروع فى النظر فى الخصومة، ويلزم بعده والله أعلم.

---

(١) فتح القدير، والعناية على الهداية جـ٧ ص٣١٧، المنتقى للباجى جـ٥ ص٢٢٧.

القول المختار:

والذى أميل الى الأخذ به هو القول الرابع القائل بان التحكيم من باب عموم الوكالة فيأخذ حكمها من جهة الرجوع فكما يلزم الموكل تصرف وكيله فكذلك التحكيم، لان التحكيم مبنى على رضا الخصوم فيكون لهم الرجوع الى وقت الحكم، ولايكون لهم الرجوع بعد الحكم لانهما قد رضيا ابتداءا بالحكم حين رضيا بالتحكيم.

بم يلزم الحكم الصادر من الحكم

اتضح فيما سبق ان التحكيم يلزم بالحكم على المختار، أما هنا فالمراد توضيح ما به يلزم الحكم الصادر من الحكم هل يلزم بنفسه أم لابد من رضى المحكمين بالحكم حتى يلزم، اختلفت أقوال الفقهاء فى هذه المسئلة على النحو التالى:

فذهب الحنفية [1]،والمالكية [2]، والحنابلة [3] والشافعية[4] فى الاظهر الى أن حكم المحكم يلزم بنفسه من غير حاجة الى رضا الخصوم.

وذهب الشافعية فى القول الآخر عندهم الى أن حكم المحكم لايلزم الا بالرضا به. [5]

---

[1] البحر الرائق لابن نجيم جـ ٧ ص٢٦، فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص٣١٧.

[2] المنتقى للباجى، جـ٥ ص٢٢٨، تبصرة الحكام لابن فرجون جت١ ص٤٣.

[3] شرح منتهى الارادات جـ٣ ص٤١٧، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٤٨٥.

[4] الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص٣٢٦، مغنى المحتاج للشربينى جـ٣ ص٣٧٩.

[5] انظر المرجعين السابقين.

الادلـــة:

استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا اليه بما يأتى:-

(١) ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: " مـن حكـم بيـن اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنه الله".[١]

وجه الدالة من الحديث:

ان النبى صلى اللـه عليـه وسلم رتـب الوعيـد علـى عدم العدل فى الحكم فكان الوعيـد دليـلا علـى لـزوم حكمـه فـى حالـة عدله. [٢]

وماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قـال: " واذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحدا ". [٣]

وجه الدلالة من الحديث:

ان المؤمر صار بالتأمير نافذ الحكم عليهم كنفوذه لو كـان واليا عليهم، ولذلك انعقدت الامامة باختيار أهل الاختيار.

(٣) ولان الحكم صدر عن ولاية شرعية من المحكمين فلا يبطل الحكم بعزلهما فيلزم.

(٤) ولان من صح حكمه لـزم بنفس الحكـم قياسـا علـى الحـاكم الذى ولا، الامام. [٤]

---

[١] الحديث سبق تخريجه.

[٢] الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص٣٢٦، المجموع شرح المهذب جـ ٢٥ ص٣٢٤، الزجيرة للقرافى جـ ١٠ص٣٥.

[٣] الحديث أخرجه الطبرانى فى كشف الخفاء جـ ١ ص١٠٣.

[٤] الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص٣٢٧،المجموع شرح المهذب جـ٢٢ ص٣٢٤، البحر الرائق لابن نجيم جـ٧ ص٢٦، فتح القدير على الهداية جـ٧ ص٣١٧.

واستدل أصحاب القول الثانى لما ذهبوا اليه بالقياس على الفتيا لان التحكيم لما وقف على خيار الخصمين فى الابتداء وجب أن يقف على خيارهما فى الانتهاء.[1]

القول المختار:

بعد عرض ما ذهب اليه الفقهاء أرى النفس تطمئن الى الأخذ بما ذهب اليه الجمهور، وذلك لقوة ما استدلوا به، ولان التحكيم يصبح غير ذى جدوى اذا لم يكن حكم المحكم لازما.

والله أعلم،،،

---

[1] المجموع شرح المهذب جـ٢٢ ص٣٢٤، الحاوى الكبي للماوردى جـ١٦ ص٣٢٦، مغنى المحتاج للشربينى جت٤ ص٣٧٩.

المبحث الخامس

ما يجوز فيه التحكم وما لايجوز

اتضح مما تقدم أن التحكيم أخص من القضاء لعموم ولاية القاضى وخصوص ولاية المحكم، وهذا يعنى أن المحكم أحط رتبة من القاضى، لاقتصار حكم المحكم على من رضى به، بخلاف حكم القاضى الذى ينفذ فى مواجهة الكافة.

ويفهم مما تقدم أن القاضى يحكم فى سائر الخصومات والمحكم بخلافه حيث يقتصر دوره فى التحكيم على بعض الخصومات، وللوقوف على الخصومات التى يجوز للمحكم الفصل فيها يتعين بيان ما يجوز فيه التحكيم ومالا يجوز، ومن ثم فيكون الكلام فى هذا المبحث فى المطالب الآتية:

الأول: ما يجوز فيه التحكيم بالاتفاق.

الثانى: مالا يجوز التحكيم فيه بالاتفاق.

الثالث: ما هو محل خلاف.

المطلب الأول

فى ما يجوز فيه التحكيم بالاتفاق

اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على جواز التحكيم، فى الأموال وما يجرى مجراها كعقود المعاوضات، مثل البيوع والاجازات، والكفالة بالمال، أو نحو ذلك.

وذلك لأن التحكيم فى الأموال وقع لجمع من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فيكون جائزاً[1] فى حق غيرهم.

---

[1] فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص ٣١٨، المبسوط للسرخسى ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان جـ١٦ ص ١١١، الزخيرة للامام القرافى جـ١٠ ص ٣٧، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص ٤١، المنتقى للامام الباجى جـ٥ ص ٢٢٨، المجموع شرح المهذب جـ٢٢ ص ٣٢٤، مغنى المحتاج للشربينى جـ٤ ص ٣٧٩، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص ٣٢٥، شرح منتهى الارادات للبهوتى جـ٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص ٤٨٥.

المطلب الثانى

مالا يجوز فيه التحكيم بالاتفاق

أيضــا اتفــق الفقهــاء مــن الحنفيــة[1]، والمالكيــة[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، على عدم جواز التحكيم فى الحدود التى هى حق خالص لله تعالى كحد الزنا، والشرب، والسرقة.

والدليل على ذلك من وجوه:

(١) أن الإمام هو المنوط به إستيفاء الحدود لأمر الشرع بذلك.

(٢) أن حكم المحكم ليس بحجة فى حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود لا تستوفى مع وجود الشبهة.

(٣) أن الحدود التى هى حق خالص للـه تعالى ليس لها طالب معين حتى تكون محلاً للتحكيم، لأن حكم المحكم لا ينفذ إلا على راض به قبل الحكم، لما تقدم أن الرضا هو المثبت للولاية فلابد من تقدمه على الحكم.

(٤) ولأن الحدود تستلزم إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين ومن عداهما لم يرض بحكم هذا المحكم، وأن اللـه تعالى لم يجعل النظر فيها إلى المحكم[5].

---

[1] فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص ٣١٦ن البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ٧ ص ٢٤، المبسوط لشمس الدين السرخسى طـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان جـ١٦ ص ١١١.

[2] تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص ٤٣، المنتقى للامام الباجى جـ٥ ص ٢٢٦، الزخيرة للامام القرافى جـ١٠ ص٣٤.

[3] مغنى المحتاج للشربينى جـ٤ ص ٣٧٨، شرح أدب القضاء لابن أبى الدم، جـ١ ص ٤٢٨، المجموع شرح المهذب جـ٤ ص ٣٢٤.

[4] شرح منتهى الارادات للبهوتى جـ٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة المقدس جـ١١ ص ٤٨٥.

[5] المراجع السابقة.

المطلب الثالث

الأمور المختلف فيها

تقدم بيان الأمور التى يجوز التحكيم فيها باتفاق الفقهاء والتى لا يجوز فيها بالاتفاق، وبقى ما عداهما مما هو محل خلاف بين الفقهاء، كالحدود التى هى حق العبد، أو مشترك بين الله وبين العبد، والقصاص، وغيرهما كالطلاق والنكاح، والعتاق، واللعان، والنسب، والولاء، أو نحو ذلك، وإليك بيان ذلك:

أقوال الفقهاء فى الأمور المختلفة فيها:

القول الأول: وهو للمالكية حيث ذهبوا إلى القول بعدم جواز التحكيم فى حد القذف، والقصاص والطلاق، والعتاق، والنسب، والولاء، واللعان بين الزوجين.

ودليل ذلك: أن هذه الأحكام يناط الحكم فيها إلى الأمام لما يحتاجه الحكم فى هذه الأمور من الاحتياط فلا يحكم فيها إلا من قام بالولاية العامة، لأن القاضى لا يتولى القضاء إلا بعد معرفة الامام بأحواله التى تقتضى ذلك له، أو يؤمن فى الأغلب أمره، أو من يقدمه الامام أو الحاكم لضرورة داعية إلى ذلك.

ولأن الحكم فى هذه الأمور يستلزم إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين، ومن عداهما لم يرض بحكم هذا المحكم وتوضيح ذلك على سبيل المثال.

(١) اللعان. يتعلق به حق الولد فى نفى نسبه من أبيه فقد ينفيه هذا المحكم، وليس له ولاية على الحكم على هذا الولد.

(٢) النسب، والولاء، يسرى حكم المحكم فى النسب والولاء على غير المحكمين، ومن يسرى إليه من غيرهما لم يرض بحكم المحكم، فلا يكون لحكمه فائدة.

(٣) الطلاق، والعتاق. كذلك الطلاق فيهما حق الله تعالى، إذا لا يجوز أن تبقى المطلقة البائن فى العصمة، ولا أن يرد العتيق إلى الرق وان رضى[١].

القول الثانى: ذهب الحنفية فى قول إلى جواز التحكيم فى الحدود التى ليست حقا لله تعالى كحد القذف، وكذلك القصاص، والطلاق، والنكاح والعتاق، والكفالة بالنفس والمال، والكفارات، وأرش الجنايات أو نحو ذلك من المجتهدات، وذهب إلى هذا القول علماء الشافعية، والحنابلة[٢]، فى رواية عنهم.

ودليل ذلك. أن حد القذف والقصاص ، من حقوق العباد فيجوز التحكيم فيها كالأموال[٣].

ولأن التحكيم وقع برضا المحكمين فيجوز[٤].

القول الثالث: ذهب الشافعية[٥] فى القول الثانى والحنابلة[٦] فى الرواية الثانية إلى جواز التحكيم فى كل شئ إلا فى

---

[١] تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص ٤٤، المنتقى للامام الباجى جـ٥ ص ٢٢٨، الزخيرة للقرافى جـ١٠ ص .

[٢] الحاوى الكبير للماوردى جـ ١٦ ص ٣٢٥، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص ٤٨٥.

[٣] ويمكن تمام الاستدال بأنه إذا كان يجوز التحكيم فى حد القذف والقصاص فلن يجوز فى غيرهما من الأمور المجتهد فيها من باب الأولى.

[٤] فتح القدير، والعناية على الهداية جـ٧ ص ٣١٨، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص ٣٢٦.

الحدود، والقصاص، والنكاح واللعان، ووافقهم بعض علماء الحنفية[1] في الحدود والقصاص حيث روى عدم جواز التحكيم في حد القذف والقصاص خلافا لقولهم السابق ذكره.

ودليل ذلك: أن لهذه الأحكام ميزة على غيرها، فاختص الامام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه فيها[2].

سبب الخلاف

لعل سبب الخلاف بين الفقهاء فيما تقدم راجع إلى أن هذه الأمور هل هى حق لله تعالى، فلا يتولى الحكم فيها غير من ولاه الامام المنوط به تطبيق حكم الله، أم أنها من حقوق العباد، ومن ثم يملك الشخص التحكيم لكونه أهلا لتفويض النظر فى الفصل فيها إلى الغير، أم أن السبب هو أن حكم المحكم لا يتم ولا ينفذ لمساس حكمه بحق المحكمين الذين لم يرضوا بتحكيمه.

والناظر فيما تقدم يرى أن المانعين استندوا فى المنع إلى أن هذه المسائل يتعلق بها حق الله، وليس الحكم أهلا للفصل فيها، لأن المحكمين لا يملكون توليته، لأن الذى يملك ذلك هو الامام، وأيضاً تعلق حق غير المحكمين، فمن ثم إذا حصل الحكم لا ينفذ فى حق غيرهما لأنهما لم يرضوا بتحكيمه، وبالتالى لا

---

[5] مغنى المحتاج للشربينى جـ٤ ص ٣٧٩، الحاوى الكبير للماوردى، جـ١٦ ص ٣٢٥، شرح أدب القضاء لابن أبى الدم جـ١ ص ٤٢٨.

[6] شرح منتهى الارادات جـ٣ ص ٤٦٧، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص ٤٨٥.

[1] فتح القدير، والعناية على الهداية جـ٧ ص ٣١٨.

[2] المغنى لابن قدامة جـ١١ ص ٤٨٥.

يكون لتحكيمه فائدة وإذا كان الأمر كذلك كان المنع من الابتداء أولى.

أما بالنسبة للمجيزين فالناظر فى كلامهم يرى أنهم يعتبرونها من حقوق العباد ومن ثم يكون لصاحب الحق فى أن يفوض من يشاء فى الفصل أما الحكم، وأما القاضى.

والدليل على هذه الوجهة أنهم اتفقوا على أن الحدود التى هى حق خالص لله تعالى كالزنا والسرقة، والشرب أو نحو ذلك، لا يجوز التحكيم فيها، وكذلك تجدهم متفقين على جواز التحكيم فى الأموال وما يجرى مجراها، أما غير ذلك من الأمور كالنكاح، والطلاق، وحد القذف، والقصاص، أو نحوها فتجد الأمر فيها دائر بين الجواز والعدم، وإذا ثبت هذا يمكن التوفيق بين أقوال الفقهاء باستخلاص ما يأتى:

(١) عدم جواز التحكيم فى المسائل التى هى حق لله تعالى.

(٢) جواز التحكيم فى المسائل التى هى حق خالص للعبد.

(٣) عدم جواز التحكيم فيما هو دائر بين كونه من حقوق الله تعالى وكونه حق العبد، وذلك لقدرة القاضى التى تفوق هذه الأمور تغليبا لحق الله تعالى على حق العبد، ولا يقال أنه إذا كان الأمر دائراً بين كونه حق الله وحق العبد يغلب حق العبد، لغنى الله وحاجة العبد لأنه يمكن القول بأن هذا يصح ويقبل فى غير التحكيم أما فى التحكيم فلا يقبل لأن مصلحة العبد فى مثل هذه الأمور تتحقق فى حالة الفصل بالقضاء لما يتميز به القضاء من ميزات لا توجد فى التحكيم، ولما يتوافر للقاضى من امكانيات الوصول إلى الحق التى قد لا تتوافر للمحكم.

مسئلة: ما الحكم إذا حكم المحكم فيما ليس له أن يحكم فيه؟

الجواب عن هذا فى المطلب التالى:

المطلب الرابع
حكم المحكم فيما ليس له أن يحكم فيه

حكم المحكم لا يخلو من حالتين: إما أن يحكم فقط، وإما أن يحكم وينفذ.

الحالة الأولى: إذا حكم ولم ينفذ:

اختلف الحكم في هذه الحالة على أقوال:

الأول: ذهب المالكية في قول، والشافعية في قول إلى أن المحكم إذا حكم فيما ليس له أن يحكم فيه نفذ حكمه فيه، ولكن ينهاه الامام عن العودة.

الثاني: ذهب المالكية في القول الثاني إلى أنه إذا حكم فيما ليس له أن يحكم فيه ينقض حكمه، وينهى عن العودة من جهة الامام[1].

الحالة الثانية: إذا حكم ونفذ:

يرى المالكية في هذه الحالة ان المحكم لو حكم فيما ليس له أن يحكم فيه، وأقام ذلك بنفسه، فقتل أو اقتص أو ضرب الحد، أدبه السلطان وزجره، ونفذ ما كان صواباً من حكمه، وصار المحدود بالقذف محدودا والتلاعن ماضيا[2].

---

[1] تبصرة الحكام لابن فرحون جـ1 ص 44، الزخيرة للقرافي جـ10 ص 37، المنتقى للباجي جـ5 ص 228، 229، شرح أدب القضاء لابن أبي الدم جـ1 ص 430.
[2] تبصرة الحكام لابن فرحون جـ1 ص 44، الزخيرة للقرافي جـ10، ص 37.

المبحث السادس

مدى نفاذ حكم المحكم ونطاقه

إذا كان حكم المحكم لازم للخصمين كما تقدم، فهل هذا يعنى أن الحكم يصبح محصنا بمعنى أنه لا ينقص من جهة القاضى، أو من جهة حكم آخر فما نطلق هذا النفاذ، هذا ما سيتضح فيما يأتى:

أولاً: نقض حكم المحكم:

لتوضيح هذه المسالة يتعين بيان أمرين:

الأول: إذا كان جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم:

اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على أن للقاضى أن ينقض حكم الحكم إذا كان حكمه جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم، فإذا كان حكمه جورا لم يختلف فيه أهل العلم، قضى القاضى ببطلانه[1].

وهذا الحكم مبناه القياس على حكم القاضى، فإذا كان حكم القاضى ينقض إذا كان جورا بينا فكذلك حكم الحكم ينقض إذا كان جوراً بيناً.

---

[1] وهذا إذا كان حكمه فيما يجوز له أن يحكم فيه، أما إذا كان حكمه واردا فيما لا يجوز له أن يحكم فيه، فلا يجوز تحكمه فيه، ولا يجوز حكمه من باب الأولى، انظر فتح القدير على الهداية جـ٧ ص ٣١٧، المبسوط للسرخسى جـ١٦ ص ١١١، الزخيرة للقرافى جـ١٠ ص ٣٥، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص ٤٤.

الثاني: إذا لم يكن جورا:

إذا عدل المحكم في حكمه، ولم يكن جوراً، فهل يجوز للقاضي إذا رفع اليه هذا الحكم من المحكم أو من الخصوم أن ينقضه أم لا، وكذلك إذا رفع إلى حكم آخر هل يجوز له أن ينقضه ويحكم بخلافه أم لا، للاجابة على هذا السؤال أقول:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، والمالكية[٣]، في قول إلى عدم جواز نقض حكم الحكم من جهة القاضي أو من جهة حكم آخر سواء كان حكمه موافق لمذهب القاضي أو الحكم الآخر أم لا، وسواء كان موافقاً لمذهب الخصوم أم لا.

وجاء في مغني المحتاج ما يفيد ذلك بما نصه (ويمضي حكم المحكم كالقاضي، ولا ينقض إلا بما ينقض به قضاء غيره)[٤].

وجاء في شرح منتهى الارادات في شأن حكم المحكم ما نصه (ويلزم الحاكم قبوله وكتابه ككتاب من ولاه الامام)[٥].

---

[١] المجموع شرح المهذب جـ٢٢ ص ٣٢٥، مغني المحتاج للشربيني جـ٤ ص ٣٧٩.
[٢] شرح منتهى الارادات جـ٣ ص ٤٦٧.
[٣] تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص ٤٤.
[٤] مغني المحتاج للشربيني جـ٤ ص ٣٧٩.
[٥] شرح منتهى الارادات للبهوتي جـ٣ ص ٤٦٧.

وجاء في تبصرة ابن فرحون ما نصه: (ثم إذا حكم المحكم فليس لأحدهما أن ينقض حكمه، وان خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بينا لم يختلف فيه أهل العلم)[1].

القول الثاني:

وذهب الحنفية إلى القول بجواز نقض حكم المحكم مطلقاً، سواء كان حكمه موافقا لمذهب الخصوم أم لا، وسواء كان موافقا لمذهب القاضي أو الحكم الآخر أم لا.

فجاء في الهداية: (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه، وان خالف مذهبه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه)[2].

وهذا كما ترى لا يفيد الالزام، انما غايته إذا كان حكمه موافقا لمذهب القاضي أن لا داعي لنقضه والحكم به مرة أخرى بنفس الوجه الذي حكم به المحكم.

القول الثالث:

وذهب المالكية في القول الثاني إلى عدم جواز نقض حكم المحكم إذا كان موافقا لمذهب الخصمين، وجواز نقضه إذا كان مخالفا لمذهب الخصمين.

---

[1] تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص ٤٤.

[2] فتح القدير على الهداية جـ٧ ص ٣١٧، المبسوط للسرخسي جـ١٦ ص ١١١.

وجاء فى الزخيرة للقرافى ما يفيد ذلك فجاء فيها (وإذا كان من أهل الاجتهاد ومالكيا، ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وان خرج والخصمان، مالكيان لم يلزمهما)[١].

واستدل أصحاب المذهب الأول لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والمعقول.

أولاً – الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ [٢].

وجه الدلالة من الآية:

أن التحكيم عقد فيجب الوفاء به كسائر العقود[٣].

ثانياً – السنة:

وهى ما روى أن النبى – ﷺ – قال: (من حكم بين اثنين تراضيا فلم يعدل بينهما فهو ملعون)[٤].

وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث يدل على الزام حكم الحكم وإلا لما لعن الحكم فى حالة الجور لأنه يكون لهما ترك حكمه فى حالة الجور[٥].

ثالثاً – المعقول:

ووجهة القياس على حكم القاضى فكما يلزم حكم القاضى فكذلك حكم الحكم[٦].

---

[١] الزخيرة للامام القرافى جـ١٠ ص ٣٦.
[٢] الآية/ ١ من سورة المائدة.
[٣] الزخيرة للقرافى جـ١٠ ص ٣٥.
[٤] الحديث سبق تخريجه.
[٥] الزخيرة للقرافى جـ١٠ ص ٣٥، المجموع شرح المهذب جـ٢٢ ص ٣٢٥.

ولأنه حكم قد صح ولزم فلم يكن له نسخة لمخالفته رأيه[1].

واستدل اصحاب القول الثانى بالمعقول ووجهه أنه ليس للمحكمين ولاية على القاضى، وانما ولايتهما قاصرة على أنفسهما فقط. فلا يلزم حكمه على القاضى ولأن تقليدهما إياه بمنزلة اصطلاحهما على شئ فى المجتهدات كان للقاضى أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا[2].

واستدل أصحاب القول الثالث بالمعقول ووجهه أن المحكمين حكماء ليحكم على مذهبهما فإذا خرج عن مذهبهما لم يلزمهما[3].

القول المختار:

الناظر فيما تقدم من أقوال الفقهاء، وما استدلوا به يجد النفس تطمئن إلى الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك للأمور الآتية:-

(١) ان الحكم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى كما سبق، وهذا يعنى أن الحكم قاضى من جهة الحكم وان لم يكن قاضيا من حيث التولية، وإذا كان كذلك فليس أقل من نفاذ حكمه إذا لم يكن منطويا على جور.

---

(١) الزخيرة للقرافى جـ١٠ ص ٣٥.

(١) المجموع شرح المهذب جـ٢٢ ص ٣٢٥.

(٢) فتح القدير والعناية على الهدية جـ٢ ص ٣١٧، المبسوط للسرخسى جـ١٦ ص ١١١.

(٣) الزخيرة للقرافى جـ١٠ ص ٢٦.

(٢) انه إذا كان التحكيم صُلح من حيث المعنى كما يقول الحنفية والصلح يتم وينفذ بمجرد التصالح وليس التحكيم أقل درجة من الصلح.

(٣) ان الرضا بتحكيم شخص يعنى الرضا بحكمه دون حكم غيره ورضاهما يعنى عدم رضاهما برفع الخصومة أمام القاضى أما رهبة منه أو عدم الثقة فى حكمه إذ ليس كل قاض يعدل.

(٤) ان القول بعدم نفاذ حكم الحكم من جهة القاضى أو من جهة حكم آخر يترتب عليه عدم جدوى التحكيم.

(٥) ان القول بنقض حكم الحكم يترتب عليه عدم استقرار الأحكام وخاصة إذا كان المحكم مجتهدا.

والله أعلم،

ثانياً - نطاق حجية حكم المحكم:

سبق أن تبين عموم ولاية القاضى، وخصوص ولاية المحكم أو قصورها، وهذا معناه أن حكم القاضى ينفذ فى مواجهة الناس كافة بخلاف حكم الحكم الذى يقتصر أثره على المحكمين فقط، ومن ثم فحكم الحكم لا يمتد أثره على غير المحكمين، وبعبارة أخرى أن حجية حكم المحكم لا تمتد إلى غير المحكمين[1]، ولتوضيح ذلك إليك بعض الأمثلة.

---

[1] انظر هذا المعنى فى: أدب القضاء لابن أبى الدم جـ١ ص ١٤٧ فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص ٣١٧، البحر الرائق لابن نجيم جـ٧ ص ٢٨.

(١) فى حالة التحكيم فى عيب بالمبيع، فلو أن البائع والمشترى اختلفا فى عيب اطلع عليه المشترى وحكما فيه شخصا آخر فحكم الحكم برده على البائع الثانى فليس للبائع الثانى أن يرده على البائع الأول الذى اشترى منه، إلا أن يتراضى البائع الأول والثانى والمشترى على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول.

(٢) فى حالة التحكيم فى عيب بمشترى من الوكيل، فلو أن الوكيل بالبيع اختصم مع المشترى منه فى العيب فحكما بينهما رجلا فحكم برد المبيع على الوكيل فهذا الحكم لا يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما.

(٣) فى حالة التحكيم فى القتل الخطأ والحكم بالدية على العاقلة فإذا حكم المحكم لا ينفذ حكمه على العاقلة فى هذه الحالة لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم[١].

وهذه القاعدة وهى عدم تعدى حكم المحكم إلى غير المحكمين يرد عليها بعض الاستثناءات التى تمثل اختلافا لوجهات نظر بعض الفقهاء، وهذه الاستثناءات يطول الكلام فيها ولا يتسع المقام لذكرها[٢].

---

[١] فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص ٣١٩.

[٢] المرجع السابق نفس الصحيفة، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص ٣٢٧ أدب القضاء لابن أبى الدم جـ١ ص ١٤٧.

المبحث السابع

طرق حكم المحكم واثباته

أولاً - طرق حكم المحكم:

طرق اثبات المحكم لا تختلف عن وسائل اثبات القاضى.

وعلى هذا فيجوز للحكم أن يسمع البينة، ويقضى بها لأنـه لما صار حكما عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة.

كذلك يجوز للحكم أن يقضى بالنكول، والاقرار، لأن ذلك موافق للشرع.

أيضاً يجوز للحكم أن يخبر باقرار أحد الخصمين بأن يقول له اعترفت عندى لهذا بكذا.

كذلك يجوز للحكم أن يخبر بعدالة الشهود مثل أن يقول: قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عند وقد الزمتك وحكمت به لهذا عليك، وحتى ولو أنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ، أو قامت عنده عليه بينه بشئ لم يلتفت إلى قوله وينفذ حكمه، وذلك لأن الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك، فيملك الاخبار به قياسا على القاضى إذا قال فى قضائه لانسان قضيت عليك لهذا بكذا بإقرارك أو ببينه قامت عندى على بذلك، فانه يصدق فى هذا كله، ولا يلتفت إلى انكار المقضى عليه، فكذا ها هنا[1].

---

[1] فتح القدير والعناية على الهداية جت٢ ص ٣٢٠.

هذا بالنسبة للطـرق التـى يسـتعين بهـا الحكم للحكم، أمـا بالنسبة للوسائل التى يثبت بها المحكم حكمه فإليك توضيحها:

كيفية اثبات حكم المحكم على المحكين:

حتـى يثبـت حكم المحكم علـى المحكمين، ويقبــل قولـه عليهما، يتعين عليه أن يشهد به فى المجلس الـذى حكم فيـه قبل التفرق، وذلك لأن قوله لا يقبل عليهما بعد الافتراق، كما لا يقبل قول القاضى بعد العزل.

فإذا حكـم المحكم، وجحد أحدهمـا أو كلاهمـا حكمـه بعد التفرق عن المجلس لم يقبل المحكـم إلا بالبينـة، فـاذا لـم يكن قد اشهد على حكمه فى مجلسه وحصل الجحود لم يقبل قوله.

أما إذا حصل الجحود فـى المجلس بـأن قـال أحدهمـا أو كلاهما لم يحكم بيننا، وقال المحكم حكمت صدق الحكـم أمـا بعد المجلس فلا يقبل قوله، وذلك لأن الحكم يملك انشاء الحكم ما دام فى المجلس، ولا يملكه بعد ذلك[1].

---

[1] مغنى المحتـاج للشربينى جـ٤ ص ٣٧٩، شرح منتهى الارادات جـ٣ ص ٤٦٧، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص ٣٢٧، فتح القدير على الهداية جـ٧ ص ٣٢٠، البحر الرائق لابن نجيم جـ٧ ص ٢٨.

المبحث الثامن

من لا يجوز الحكم لهم وعليهم

لما كان الحكم يأخذ بعض صفات القاضى والشاهد، ويشترط فيه ما يشترط فيهما من حيث عدم التهمة فى حكمه كان من المتعين أن لا يحكم لبعض الأشخاص أو عليهم دفعا للتهمة عن حكمه، وعلى هذا فلا يجوز أن يحكم لهؤلاء الأشخاص أو عليهم، وذلك على هذا النحو.

أولاً – من لا يجوز أن يحكم لهم:

لا يجوز للمحكم أن يحكم لمن لا يجوز أن شهد لهم كأصوله مثل الأبوين وفروعه كأولاده، وزوجته، قياسا على حكم القاضى، والشهادة لهم، وذلك لتوافر التهمة فى الحكم والشهادة لهم، هذا بالنسبة للحكم لهم، أما الحكم عليهم فيجوز لانتفاء التهمة فى حكمه عليهم.

وقيد بالأصول والفروع والزوجة، وذلك لأن الحكم للأخوة وأولادهم، والأعمام جائز لأن شهاته لهم جائزة، وكذلك بالنسبة لأبى امرأته، وزوج ابنته.

ثانياً – من لا يجوز أن يحكم عليهم:

كذلك لا يجوز للمحكم أن يحكم على عدوه، لكونه لا يجوز أن يشهد عليه، للتهمة، فى شهادته وحكمه عليه، أما لو حكم له فيجوز لانعدام التهمة قياسا على الشهادة[1].

ثالثاً – حكم ما لو حكم لمن لا يجوز أن يشهد له:

تقدم أنه لا يجوز للحكم أن يحكم لأصوله وفروعه للتهمة، ولكن ما الحكم لو حكم لأحد هؤلاء فهل ينفذ حكمه لهم أم لا؟

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على قولين:

الأول: إذا حكم المحكم لمن لا يجوز أن يحكم له لا يجوز حكمه، ويبطل وذلك قياسا على عدم جواز حكمه لأحدهم بولاية القضاء، وهذا ما يراه الحنفية، والشافعية فى قول[2].

والثانى: إذا حكم المحكم لمن لا يجوز أن يحكم له جاز حكمه بولاية التحكيم وان لم يجز أن يحكم له بولاية القضاء، وذلك لأن ولاية التحكيم منعقدة باختيارهما، فصار المحكوم عليه راضيا بحكمه عليه، بخلاف ولاية القضاء لأنها منعقدة بغير اختيارهما، وهذا ما يراه بعض الشافعية[3].

---

(1) البحر الرائق لابن نجيم جـ٧ ص ٢٨، فتح القدير على الهداية جـ٧ ص ٣٢٠، مغنى المحتاج للشربينى جـ٤ ص ٣٧٩.

(2) البحر الرائق لابن نجيم جـ٢ ص ٢٨، الحاوى الكبير للماوردى، جـ١٦ ص ٣٢٧.

(3) الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص ٣٢٧، المجموع جـ٢٢ ص ٣٢٠.

رابعاً – حكم ما لو حكم على من لا يجوز أن يشهد عليه:

إذا حكم المحكم على من لايجوز أن يشهد عليه كعدوه فهل ينفذ حكمه أم لا؟

اختلفت الأقوال فى هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

الأول: لا يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم، وإذا حكم لا ينفذ حكمه كما لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء، وكما لا يجوز أن يشهد عليه هذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية فى قول[1].

الثانى: يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم كما يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء، وان كان لا يجوز أن يشهد عليه للفارق بين التحكيم والقضاء، والشهادة، وذلك لخفاء أسباب الشهادة فتقوم التهمة، وظهور أسباب الحكم فتنتفى التهمة، وهذا ما يراه بعض الشافعية.

الثالث: يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم، لوقوع التحكيم باختياره وان كان لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء لوقوع القضاء بغير اختياره، وهذا فى قول لبعض الشافعية أيضاً[2].

وإذا ثبت ما تقدم فيما عدا هؤلاء الأشخاص الذين تقوم التهمة فى حالة الحكم لهم وعليهم، يجوز للمحكم أن يحكم لهم وعليهم لعدم وجود التهمة، فخلص مما تقدم أن جواز الحكم لبعض الأشخاص أو عليهم، أو عدم جوازه يدور مع وجود التهمة وانتفائها، فاذا ما قامت التهمة امتنع الحكم، وإذا تخلفت أو انتفت جاز الحكم. **والله أعلم،،،،**

---

(1) البحر الرائق جت٧ ص ٢٨، فتح القدير على الهداية جـ٧ ص ٣٢٠، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص ٣٢٧.

(2) الحاوى الكبير للماوردى جت١٦ ص ٣٢٨.

المبحث التاسع

عزل المحكم

لما كان انعقاد التحكيم يتم بارادة ورضا المحكمين كان من البديهى أن يتم عزل المحكم من جهتهما قبل أن يحكم بينهما، فإذا حكم لزم حكمه كما سبق على القول المختار.

وعلى هذا إذا حكما رجلا بينهما ورضيا بتحكيمه فلهما الرجوع فى ذلك إلى أن يحكم بينهما ورجوعهما أو رجوع أحدهما عن التحكيم يعد بمثابة عزل للمحكم، وهذا القول باتفاق الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

ووجه هذا: أن الحكم مقلد من جهة المحكمين، فله عزله قبل أن يحكم، قياسا على الحاكم، حيث له أن يعزل القاضى قبل أن يحكم، وقياسا على الوكالة، حيث يجوز للموكل الرجوع قبل تصرف الوكيل، فكذلك يجوز للمحكمين أن يرجعوا قبل أن يحكم المحكم[5].

كذلك ينعزل المحكم عن التحكيم إذا فقد شرطا من شروط الأهلية الواجب توافرها فيه كما سبق.

---

(1) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٧ ص ٥، فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص ٣١٧.

(2) المنتقى للباجى جـ٥ ص ٢٢٧، تبصرة الحكام لابن فرحون جـ١ ص ٤٤.

(3) أدب القضاء لابن أبى الدم جـ١ ص ١٤٦، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٦ ص ٣٢٦.

(4) شرح منتهى الارادات للبهوتى جـ٣ ص ٤٦٧.

(5) فتح القدير والعناية على الهداية جـ٧ ص ٣١٧، المنتقى للباجى جـ٥ ص ٢٢٧.

خاتمـــــة البحث

يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أولاً: ان الشريعة الإسلامية لها نظامها القائم بذاته والذى له خصائصه وهو عام وشامل لكل متطلبات الانسان فى الحياة وفى كل العصور والأماكن.

ان أحكام الفقه الإسلامى محاطة بسياج العقيدة فلا تخضع لهوى العقل، والمصالح الخاصة لأنها مستمدة من كتاب الله وسنة رسول الله – ﷺ – ، ومن ثم فتطبيق أحكامها على الناس لا يشعرهم بغرابة، ولا يحسون فيها بظلم فيتقبلون أحكامها بنفس راضية، وقلب مطمئن.

ثانياً: ان علماء الفقه الإسلامى لم يهملوا موضوع التحكيم، حيث وضحوا أحكامه والمراد منه.

ثالثاً: ان التحكيم أحص من القضاء، فالقاضى يجوز له أن يقضى فى جميع الخصومات، بخلاف التحكيم الذى يجوز فى بعض الخصومات دون البعض.

رابعاً: ان علماء الفقه الإسلامى بتوضيحهم أحكام التحكيم أعطوا الخصوم حق الاختيار بين اللجوء إلى القضاء واختيار من يفصل بينهم بمحض إرادتهم فيما يجوز التحكيم فيه.

خامساً: قد بين الفقهاء ما يجوز التحكيم فيه ومالا يجوز حتى يكون هناك فارق بين التحكيم والقضاء.

سادساً: أيضاً أعطى فقهاء المسلمين التحكيم الذى يكون بأمر الامام حكم القضاء والمحكم صفة القاضى، وحكمه كحكمه.

سابعاً: أيضاً اشترط فقهاء الشريعة استمرار تراضى المحكمين بالتحكيم إلى حين الحكم فى الخصومة حتى لا يكون الحكم على احدهما بغير رضاه.

ثامنا: أيضاً بين الفقهاء موقف القضاء تجاه حكم المحكم من حيث جواز نقضه وعدمه.

كذلك يجب الحث على العمل بأحكام هذا العقد عند تعيين اللجان الخاصة بالتحكيم بين الناس والتقيد بها فيما يجوز من غير الحدود والقصاص حتى يتسنى اعانة القضاء ورفع العناء عن كاهله، واتاحة القضاء الفرصة الكافية للفصل فى الأمور التى تحتاج إلى كثير بحث لإثباتها، سواء فى المعاملات المالية، أو غيرها.

مراجع البحث

أولاً: كتب اللغـــــة:

١- لسان العرب لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور.
٢- المعجم الوجيز - لمجمع اللغة العربية.

ثانياً: كتب الســـــنة:

٣- الترغيب والترهيب للامام الحافظ زكى الدين عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى- المتوفى سنة ٦٥٦هـ.
٤- تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لأبى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلانى.
٥- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام محمد بن إسماعيل الصنعانى المتوفى سنة ١١٨٢هـ.
٦- سنن أبى داود للإمام سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٩٧هـ، تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد.
٧- سنن ابن ماجة للإمام أبى عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ.
٨- سنن البيهقى (السنن الكبرى) للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى النيسابورى المتوفى سنة ٤٥٨هـ.
٩- سنن الترمذى (الجامع الصحيح) لأبى عيسى بن محمد بن عيسى ابن سورة المتوفى سنة ٢٩٧هـ.
١٠- سنن النسائى للامام أحمد بن شعيب النسائى المتوفى سنة ٣٠٣هـ.

١١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧هـ.

١٢- المستدرك على الصحيحين لأبى عبد الله محمد النيسابورى.

١٣- مسند الامام أحمد بن حنبل لأبى عبد الله أحمد بن حنبل.

١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام جمال الدين أبى محمد عبد الله ابن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢.

١٥- نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار للإمام بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ.

ثالثا: كتب الفقه:

كتب فقه الحنفية:

١٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين ابن نجيم الحنفى.

١٧- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧هـ.

١٨- البناية شرح الهداية لأبى محمد محمود بن أحمد العينى.

١٩- حاشية سعد حلبى على الهداية مع فتح القدير.

٢٠- الدر المختار للعلامة علاء الدين محمد بن على بن محمد بن على الحصفكى المتوفى سنة ١٨٠٨م.

٢١- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٥هـ.

٢٢- العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦هـ.
٢٣- فتح القدير على الهداية للامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسى المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١هـ.
٢٤- المبسوط لشمس الأئمة أبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٨٣هـ.
٢٥- نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير) لشمس الدين المعروف بقاضى زاده.
٢٦- الهداية شرح بداية المبتدى للامام برهان الدين أبى الحسن على بن عبد الجليل أبى بكر الفرغانى الميرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ.

كتب فقه المالية:

٢٧- تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام للامام أبى الوفا إبراهيم بن الامام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن فرحون اليعمرى المالكى.
٢٨- الزخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى تحقيق الاستاذ محمد أبو خبزة المتوفى سنة ٦٨٤هـ.
٢٩- المنتقى شرح الموطأ للامام أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى المتوفى ٤٩٤هـ.

كتب فقه الشافعية:

٣٠- أدب القضاء لشهاب الدين أبى اسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمدانى الحموى المعروف بابن أبى الدم الشافعى المتوفى سنة ٦٤٢هـ.

٣١- تكملة المجموع شرح المهذب للشيخ محمد نجيب المطيعى.

٣٢- الحاوى الكبير شرح مختصر المزنى للامام أبى الحسن على بن محمد ابن حبيب الماوردى البصرى.

٣٣- المجموع شرح المهذب للشيخ محى الدين النووى.

٣٤- متن المنهاج لأبى زكريا يحى شرف النووى.

٣٥- مغنى المحتاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب.

٣٦- المهذب للامام الفيروزابادى الشيرازى.

كتب فقه الحنابلة:

٣٧- شرح منتهى الارادات للشيخ منصور بن يوسف بن إدريس البهوتى.

٣٨- المغنى والشرح الكبير على متن المقنع للإمامين موفق الدين وشمس الدين ابنى قدامة.

فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات





كلية الشريعة والقانون بأسيوط

بحـــث فى

شرع من قبلنا عند الأصوليين

دراسة وتطبيق



إعـــداد

د/ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

مدرس أصول الفقه بالكلية

١٤١٩- ١٩٩٨م

بسم الله الرحمن الرحيم

"ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا

وما كان من المشركين"

(الآية ١٢٣ من سورة النحل)

﴿ شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه كبر على المشركين ما تدعوهم إليه الله يجتبى إليه من يشاء ويهدى إليه من ينيب﴾

(الآية ١٣ من سورة الشورى)

بسم الله الرحمن الرحيم

أولاً: المقدمـــة

أحمدك والحمد من نعمك وأستزيدك من فضلك وكرمك وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة لا لغو فى مقالها ولا انفصال لاتصالها وأشهد أن سيدنا محمداً عبده الشريف ورسوله المنيف وأمينه الذى كان عدلا لا يحيف، أرسله بالرأفه والرحمة وأيده بالثبات والعصمة وكشف به الغمة، فهو خير نبى بعث إلى خير أمة صلى الله عليه وعلى آله صلاة يبلغهم بها نهاية المراد والهمه ويبيض بها وجوه أوليائهم يوم الظلمة وسلم تسليما كثيرا.

وبعـــــد

فإن الله تعالى لم يخلقنا عبثاً بل خلقنا لأمر عظيم هو عبادته سبحانه، قال تعالى "وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون(١)"، ولم يتركنا هملا بل أرسل إلينا الرسل ليأخذوا بأيدى الناس من الضلال إلى الهدى، فمن تبعهم فاز برضوان الله، ومن عصاهم أدخل ناراً وقودها الناس والحجارة، قال تعالى "رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيما(٢) .

واحتفظ سبحانه وتعالى بحق التشريع لنفسه فلا مشرع إلا هو، وأمر عباده بالامتثال لحكمه والاحتكام إليه، قال تعالى: "فلا

(١) الآية ٥٦ من سورة الذاريات.

(٢) الآية ١٦٥ من سورة النساء.

وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم(١) "، وقال تعالى: "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون(٢) وما عليه البشر الآن من الحيرة وكدر العيش والعداوة والبغضاء إنما سببه عدم الاحتكام إلى الشريعة الغراء، ولا خروج لهم مما هم فيه إلا بالعودة الصادقة إلى حكم الله وشرعه والسير على منواله قال تعالى: "إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم(٣) "، وفهم أحكام الشريعة إنما ينبع من تعلم علم أصول الفقه، لأن العلوم الأخرى وسائل إليه، وهو أقرب الوسائل إلى استنباط الأحكام الشرعية المستجدة، فهو أشرف العلوم وأعظمها قدراً وأرفعها ذكرا، يقول الإمام حجة الإسلام الغزالى هو العلم الذى ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه الرأى والشرع فأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبنى على محض التقليد الذى لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد، فهذا العلم قد جمع فيه شرف المنبع، وشرف الغاية وشرف الموضوع وأهمية الفائدة(٤).

هذا: وقد عقدت العزم على أن أبحث عن موضوع من موضوعات هذا الفن لينشر فى مجلة الكلية هذا العام، فوقع اختيارى على موضوع "شرع من قبلنا عند الأصوليين دراسة وتطبيق"، وهذا الموضوع من الأدلة المختلف فيها لأن أدلة الشرع

---

(١) الآية ٦٥ من سورة النساء.
(٢) الآية ٤٤ من سورة المائدة.
(٣) الآية ١١ من سورة الرعد.
(٤) راجع المستصفى جـ١ ص٣ ط. دار الفكر.

منها ما هو متفق عليه بين العلماء وهى الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ومنها ما هو مختلف فيه وهى مذهب الصحابى، وشرع من قبلنا، والاستحسان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع وغيرها.

وعسانى بهذا العمل أن أساهم مع المساهمين فى خدمة الشريعة الغراء الذين يريدون لهذه الأمة أن تحقق ذاتها، فنحتكم إلى ما لديها من تشريع واف بكل متطلبات الحياة، وذلك لما فيه من المرونة والشمول والتجدد، غير غافلة عن الإفادة من ثمرات التطور العلمى عند الآخرين، وأن تعود من جديد لتمد العالم كما أمدته من قبل بأعظم ثمرة علمية عرفها الإنسان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه وعمل بدعوته إلى يوم الدين.

د/ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

ثانياً: خطة البحث:

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى خمسة مباحث وخاتمة وفهرس لموضوعات البحث وبيانها كالتالى:

المبحث الأول: فى التعريف بشرع من قبلنا.

المبحث الثانى: فى تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله عقلاً.

المبحث الثالث: فى تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة.

المبحث الرابع: فى تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلهم بعد البعثة.

المبحث الخامس: فى أثر خلاف العلماء فى الاحتجاج بشرع من قبلنا فى الفقه الإسلامى.

ويشتمل على المسائل الآتية:

المسألة الأولى: فى الأضحية.

المسألة الثانية: فيمن نذر أن يذبح ولده أو ينحره ماذا يجب عليه؟.

المسألة الثالثة: فيمن حلف ليضربن زيداً أو امرأته مائة خشبة فضربه بالعثكال ونحوه فهل يبر فى يمينه أم لا؟.

المسألة الرابعة: فى ضمان ما تفسده المواشى والدواب المرسلة.

المسألة الخامسة: فى جعل المنفعة مهراً أو النكاح بالإجارة.

المسألة السادسة: فى ألفاظ النكاح.

المسألة السابعة: فى وجوب الإشهاد فى النكاح.

المسألة الثامنة: فى حكم من فعل فعل قوم لوط.

المسألة التاسعة: فى الإسلام ليس شرطاً فى الإحصان.

المسألة العاشرة: فى قتل الذكر بالأنثى.

المسألة الحادية عشرة: فى قتل الجماعة بالواحد.

المسألة الثانية عشرة: فى الجعل والجعالة.

المسألة الثالثة عشرة: فى إجبار البكر البالغة على الزواج من غير استئمار.

المسألة الرابعة عشرة: فى صحة ضمان المجهول.

المسألة الخامسة عشرة: فى الكفالة بالنفس.

المسألة السادسة عشرة: فى مشروعية الإجارة.

المسألة السابعة عشرة: فى حكم جهالة العمل فى الإجارة.

المسألة الثامنة عشرة: فى حكم الختان.

الخاتمة - ثم الفهارس.

المبحث الأول

"تعريف شرع من قبلنا"

تمهيد:

لقد شاء الله عز وجل أن يجعل الرسل مبشرين ومنذرين ومبلغين دعوة الله تعالى فى أرضه، معلمين الناس التعاليم السامية، وكان لكل رسول منهجه وتشريعه الذى يناسب أمته وقومه إذ كانت شرائعهم محدودة ومخصوصة بأقوامهم قال تعالى "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا[1]"، فقد دلت الآية أن كل رسول له رسالة خاصة به وبقومه، أما رسالة سيدنا محمد ﷺ فإنها رسالة عامة وشاملة لكل الأحداث على مر الدهور والعصور، قال تعالى: "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين[2]".

إذا تقرر هذا فما هو تعريف شرع من قبلنا؟.

المراد بشرع من قبلنا:

الأحكام التى شرعها الله تعالى للأمم السابقة، وجاء بها الأنبياء السابقون، وكلف بها من كانوا قبل الشريعة المحمدية، كشريعة إبراهيم وموسى[3]، قال تعالى: "ثم أوحينا إليك إن أتبع ملة ابراهيم حنيفاً وما كان من المشركين[4]"، وقال تعالى: "إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا والربانيون والأحبار بما استحفظوا من كتاب الله

---

(١) جزء من الآية ٤٨ من سورة المائدة.

(٢) سورة الأنبياء الآية ١٠٧.

(٣) راجع أصول الفقه للدكتور بدران أبو العينين ص ٢٣٤ ط مؤسسة شباب الجامعة، بحوث فى الأدلة المختلف فيها للدكتور محمد السعيد على عبد ربه ص ٢٥١.

(٤) سورة النحل الآية ١٢٣.

وكانوا عليه شهداء فلا تخشوا الناس واخشون ولا تشتروا بآياتى ثمنا قليلا ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون[1] " مع ملاحظة أن الشرائع السماوية كلها واحدة في أصل التوحيد قال تعالى: "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه كبر على المشركين ما تدعوهم إليه الله يجتبى إليه من يشاء ويهدى إليه من ينيب"[2] .

فقد أوضحت الآية الكريمة أن أصل الشرائع واحد ودعوتها واحدة، ولكن لكل أمة تشريعاتها التى تناسبها، فقد حرم الله تعالى بعض الأمور على بعض الأقوام، لأن هذا التحريم قد يكون لهم فطاما عن شهوات انغمسوا فيها، كما قال الله تعالى عن اليهود "وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون"[3] .

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٤.
(٢) سورة الشورى الآية ١٣.
(٣) سورة الأنعام الآية ١٤٦.

المبحث الثانى

" تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله عقلا "

أولاً: تحرير محل النزاع:

شرع من قبلنا من الأنبياء السابقين -عليهم السلام- هل يجوز عقلا أن يكون النبى ﷺ متعبداً به أى مكلفاً به أم لا؟ وبمعنى آخر: هل يمنع العقل أن يكون النبى ﷺ مكلفاً بشرع من قبله أم أن العقل يجيز ذلك؟.

ثانياً: مذاهب العلماء:

اختلف العلماء فى ذلك على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه بعض الشافعية وكثير من الحنفية، وبعض المالكية وغيرهم وهم يرون أنه يجوز عقلا أن يتعبد الله تعالى نبينا محمدا ﷺ بشرع من قبله[1].

المذهب الثانى:

وعليه بعض القدرية والمعتزلة وغيرهم، وهم يرون أنه لا يجوز تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله عقلا، أى أن العقل يحيل ذلك[2].

---

(١) راجع هذا المذهب فى تيسير التحرير جـ٢ ص١٩٠ ط دار الفكر، كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٢ الناشر دار الكتاب الإسلامى- القاهرة، الإبهاج جـ٢ ص٣٠١ الناشر الكليات الأزهرية، شرح تنقيح الفصول ص٢٩٦ ط دار الفكر، مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص٢٨٦ الناشر الكليات الأزهرية.

(٢) راجع المراجع السابقة، المغنى للقاضى عبد الجبار جـ١٤ ص٣٦ ط دار التأليف والنشر بالقاهرة، المستصفى جـ١ ص٢٤٩ ط دار الفكر، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٠ الناشر دار الحديث.

ثالثاً: الأدلـــــة:

(أ) أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول بالمعقول، ومن ذلك مايأتى:

١- لو امتنع النبى ﷺ من التعبد بشرع من قبله عقلا لكان امتناعه إما لذاته وهو باطل، فإنه لو فرض وقوعه لم يلزم عنه لذاته محال فى العقل، وما هذا حاله فهو ممكن:

وإما لعدم المصلحة فى ذلك وهو أيضا باطل، لأنه مبنى على وجوب رعاية المصلحة فى أفعال الله تعالى، وعلى تقدير القول بوجوب رعاية المصلحة فلا استبعاد ولا استنكار فى دين الله تعالى أن يتعبد النبى ﷺ بشريعة من قبله من الأنبياء، لأن المصالح قد تتفق وقد تختلف، فيجوز أن يكون الشئ مصلحة فى زمان النبى الأول دون الثانى، أو مصلحة فى الزمان الثانى دون الزمان الأول، ويجوز أن يكون مصلحة فى الزمان الأول والثانى، ويجوز أن تختلف الشرائع أو تتفق فى الجميع أو فى البعض، وإما لأمر ثالث وهو أيضا باطل، لأن الأصل عدمه فلابد من إثباته بدليل، وإذا كان كل ذلك جائزا كان واقعا، لأن أقل درجات الجواز الوقوع، فكان تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله جائزا عقلاً، لأنه لا يترتب على فرض وقوعه محال فى العقل[1].

(ب) أدلة المذهب الثانى:

استدل أصحاب هذا المذهب بالمعقول، ومن ذلك مايلى:

١- لو كان النبى ﷺ متعبدا بشرع من قبله عقلاً، لكان مرسلاً بما أرسل به الأولون، فلم يكن لإرساله وإظهار المعجزة على يده

---

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٢، تيسير التحرير جـ٣ ص١٩٠، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص١٨٤ط دار الفكر، مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص٢٨٦، الإبهاج جـ٢ ص٣٠١، شرح تنقيح الفصول للقرافى ص٢٩٦.

فائدة، لكون الشريعة التى أرسل بها معلومة بدون إرساله من الأنبياء المتقدمين، ولا يجوز بعثه نبى إلا بشرع مستأنف، فإن لم يجد أمرا فلا فائدة فى بعثه، ولا يرسل الله تعالى رسولا بغير فائدة[1].

أجيب عن ذلك

لا نسلم لكم عدم الفائدة فى إرسال النبى الثانى، لأن شريعته معلومة بإرسال النبى الأول، لأنا نقول: إنهما وإن اتفقا فى بعض الأحكام يجوز أن يختلفا فى بعضها، ويجوز أن يكون النبى الأول مبعوثا إلى قوم، والنبى الثانى إلى غيرهم، ويجوز اجتماع نبيين فى زمان واحد فى مكانين، على أن يدعو كل منهما إلى شريعته، كما فى قصة سيدنا شعيب وموسى- عليهما السلام-.

فضلاً عن ذلك فالفائدة فى إرسال الرسل مبنية على تعليل أفعال الله تعالى برعاية المصالح وفعل الصلاح والأصلح عليه تعالى، وهو باطل، لأن الله تعالى لا يجب عليه شئ، لأنه لو أثاب من لا يستحق الثواب وأعطاه درجة الإتيان به لكان ذلك صلاحا، وإن كان الفعل قبيحا[2].

الرأى الراجح:

أرى أن القول بجواز تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله عقلاً هو الراجح، لأنه يجوز لله تعالى أن يأمره باتباع شرائع الأنبياء السابقين، ويجوز أن يتعبده بالاجتناب عنها، ولا امتناع فى ذلك، فإنه لا يترتب على فرض وقوعه محال فى العقل، وكل ما كان كذلك كان جائزا.

---

(١) راجع المستصفى جـ١ ص٢٤٩، الإحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٠، المغنى للقاضى عبد الجبار جـ١٤ ص٣٦.

(٢) راجع المراجع السابقة، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص١٨٤.

المبحث الثالث

" تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة "

تمهيــد:

تحدثنا فى المبحث الثانى عن تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله عقلا، وقلنا: إنه لا مانع عقلاً أن يتعبد الله تعالى نبيه بشرع الأنبياء السابقين، لأنه لا يترتب على فرض وقوعه محال فى العقل، وهنا أتحدث فى وقوع التعبد للنبى ﷺ بشرع من قبلنا قبل البعثة.

أولا: تحرير محل النزاع:

الرسل السابقون عليهم السلام، كانت شرائعهم لجميع المكلفين الكائنين فى زمانهم والكائنين بعدهم، أو كانت شريعة كل نبى لقومه فقط؟ ومحل الخلاف فى فروع اختلفت فيها الشرائع، أما الأصول التى اتفقت عليها الشرائع كالتوحيد ومعرفة الله تعالى وصفاته فلا خلاف فى التعبد بها لجميع الأنبياء، لأن دينهم واحد[1].

ثانياً: مذاهب العلماء:

اختلف العلماء فى وقوع التعبد للنبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة على ثلاثة مذاهب هاك بيانها:

---

(١) راجع حاشية العطار على جمع الجوامع جـ٢ ص٣٩٣ ط دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٢ ص٢١٢، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٨٧.

المذهب الأول:

وعليه جماعة من الحنفية والشافعية، واختاره ابن الحاجب من المالكية وغيرهم، وهم يرون أن النبى ﷺ كان متعبدا بشرع من قبله قبل البعثة مطلقا، غير أنهم اختلفوا فى تعيين ذلك الشرع بتعيين من نسب إليه، فقيل كان متعبدا بشرع نوح عليه السلام، لأنه أول المتشرعين، وقيل بشرع إبراهيم عليه السلام، لأنه صاحب الملة الكبرى، وقيل بشرع موسى عليه السلام لأنه صاحب الكتاب الذى لم تنسخ أكثر أحكامه، وقيل بشرع عيسى عليه السلام، لأنه جاء بعدهم ولم تنسخ شريعته إلى حين بعثة سيدنا محمد ﷺ، وقيل: كان متعبدابما ثبت أنه شرع، من غير تقييد بشرع معين أو يتوقف فى التعيين، وأقرب هذه الأقوال قول من قال إنه كان متعبداً بشريعة إبراهيم عليه السلام، فقد كان ﷺ كثير البحث عنها، عاملا بما بلغه إليه منها، كما يعرف ذلك من كتب السيرة، وكما تفيده الآيات القرآنية من أمره ﷺ بعد البعثة بإتباع تلك الملة، فإن ذلك يشعر بمزيد خصوصية لها، فلو قدرنا أنه كان على شريعة قبل البعثة لم يكن إلا عليها[١].

المذهب الثانى:

وعليه أبو الحسين البصرى، وجماعة من المتكلمين، والإمام مالك وأصحابه، وحكاه الغزالى فى المنخول، ونقله

---

(١) راجع هذا المذهب في المراجع السابقة: تيسير التحرير جـ٢ ص١٢٩. مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص٢٨٦. إرشاد الفحول ص٢٠٩ ط دار المعرفة بيروت- لبنان. الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٨٧. المسودة ص١٢٤ ط المدنى بمصر. المستصفى للغزالى جـ١ ص٢٤٦، شرح تنقيح الفصول للقرافى ص٣٠٠، البرهان جـ١ ص٥٠٧.

الشوكانى عن القاضى الباقلانى، وابن القشيرى، وهم يرون أن النبى ﷺ لم يكن متعبدا بشرع من قبله قبل نبوته.

المذهب الثالث:

وعليه الغزالى والآمدى والقاضى عبد الجبار، ونسبه الشوكانى لإمام الحرمين وابن القشيرى، وقال: إنه اختيار الإمام النووى فى الروضة وقال به كثير من المحققين، وهم يرون التوقف فى تعبد النبى ﷺ بشرع من قبلنا بعد القول بالجواز العقلى[(١)].

ثالثاً: الأدلـــــة:

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بجواز تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة بالسنة والمعقول:

أ- دليلهم من السنة: استدلوا من السنة بمايلى:

١- إن الأحاديث متضافرة ومتعاونه على أنه ﷺ قبل البعثة كان يتعبد، وكان يأتى غار حراء[(٢)] ويتحنث فيه، أى يتعبد ويعتزل للعبادة، ومن ذلك ما روى عن عائشة -رضى الله عنها- قالت: أول ما بدئ به رسول الله ﷺ الرؤيا الصالحة فى النوم، فكان لا يرى رؤيا إلا جاءت مثل فلق الصبح، ثم حبب إليه الخلاء، وكان يخلو بغار حراء

---

(١) راجع هذين المذهبين فى المراجع السابقة، المعتمد جـ٢ ص٣٣٧ ط دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان. المنخول ص٢٣١ تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو ط دار الفكر العربى بدمشق.

(٢) هو الغار الذى كان النبى صلى الله عليه وسلم يتحنث فيه قبل النبوة وهو غار فى جبل حراء الذى آوى إليه النبى صلى الله عليه وسلم هو وأبو بكر رضى الله عنه فى ليلة الهجرة (راجع معجم البلدان جـ٤ ص١٨٢ ط دار صادر بيروت- لبنان.

فيتحنث فيه وهو التعبد الليالى ذوات العدد قبل أن ينزع إلى أهله ويتزود لذلك[1]، وكان ﷺ يصلى ويحج ويعتمر، ويطوف بالبيت ويزكى، ويأكل الذبيحة، ويتجنب الميتة، ويركب البهائم ويسخرها، وكل واحد وإن كان آحاداً لكن المجموع متعاضد على إثبات القدر المشترك، وتلك الأعمال شرعية تعلم بالضرورة ممن يمارسها قصداً للطاعة، وهو موافقة أمر الشارع، ولا يتصور من غير تعبد، فتلك الطاعات إما عرفت بالعقل أو بالشرع السابق، وهو شرع من قبلنا، ولا حكم للعقل، لأنه لا مدخل له فى الشرع، فتعين الثانى وهو الشرع[2].

اعترض على هذا الدليل:

بأنا لا نسلم بثبوت شئ مما ذكروه بنقل يوثق به، وعلى تقدير ثبوته لا يدل على أنه كان متعبدا به شرعا، لاحتمال أن تكون صلاته وحجه وعمرته وطوافه بطريق التبرك بفعل ما نقل جملته من أفعال المتقدمين، واندرس تفصيله ولم يثبت أنه تولى التزكيه بنفسه، ولا أمر بها، ويحتمل أن يكون الطواف بالبيت إنما فعله ليتشاغل كما يتشاغل الانسان بالمشى، وأما تعظيمه البيت الحرام فيحتمل أن يكون عظمه لأن إبراهيم- عليه السلام- عظمه. والعقل يقضى بحسن تعظيم أماكن الأنبياء وتمييزها وتعظيم ما عظموه ما لم يثبت نسخه، وأما أكله ﷺ اللحم فحسن

---

(1) راجع فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ٢ ص٢٢ كتاب الوحى ط دار المعرفة بيروت- لبنان.

(2) راجع فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص١٨٤. مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص٢٨٦. تيسير التحرير جـ٢ ص١٣٠.

فى العقل، لأنه ليس فيه ضرر على أحد، وفيه منفعة للأكل، وأما ركوب البهائم والحمل عليها فحسن فى العقل لأنه ضرر يؤدى إلى نفع أعظم منه، وهو القيام بالمصالح، وأما تركه لأكل الميتة فبناءً على عفافة نفسه كعفافته لحم الضب[1]، وأما أنه كان متعبداً بذلك فلا[2].

أجيب عن الاعتراض السابق:

بأن إتيانه غار حراء وتعبده به وصلاته وطوافه وغيرها ثابت فى الصحاح من الأحاديث، وقد تقدم ذكره[3] فلا يمكن منعه، وأما احتمال كون فعله للتبرك بفعل مثل ما نقل جملته واندرس تفصيله فبعيد، لأنه ﷺ كان يفعله بكيفيات مخصوصة، واندراس تفصيله ممنوع لأن أهل الكتاب[4] كانوا كثيرين، وكانوا ينقلون أفعال الأنبياء على التفصيل من التوراة والإنجيل.

وأما التحريف فلم يعلم قبل البعثة حتى يقال إنه ما كان يثق بكتابهم للتحريف، والبناء على أنه لا يحرم قبل الشرع بعيد، لأن ذلك الزمان لم يكن قبل ورود الشرع لقدم شرائع كثيرة[5].

---

(١) فقد روى عن خالد بن الوليد- رضى الله عنه- قال قدم ضباً للنبى صلى الله عليه وسلم دون أن يأكله فقال له بعض الصحابة أو يحرم أكله يا رسول الله فقال لا ولكنه ليس فى أرض قومى فأجدنى أعافه (راجع صحيح البخارى بشرح الكرمانى جـ٢ ص١١٣ ط دا إحياء التراث العربى- بيروت- لبنان، صحيح مسلم بشرح النووى جـ١٣ ص٩٩ باب إباحة الضب ط المصرية بالقاهرة.

(٢) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٨٩، المعتمد جـ٢ ص٣٣٧ وما بعدها.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث الدال على تعبد النبى صلى الله عليه وسلم فى غار حراء.

(٤) هم اليهود والنصارى (راجع تفسير ابن كثير جـ١ ص٣٧٢ ط المختار الإسلامى.

(٥) راجع هذا الجواب فى فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٤، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص٢٨٦.

ب- دليلهم من المعقول: استدلوا من المعقول بمايلى:

١- بأن شرع من قبلنا كان شرعاً عاماً لجميع المكلفين، والإ خلا المكلف عن التكليف، وأنه قبيح، فيدخل النبى ﷺ فى العموم ليتناوله أيضاً[١].

اعترض على ذلك:

بأنا لا نسلم عموم شرع من قبلنا، فإنه لم ينقل فى ذلك لفظ يدل على التعميم لنحكم به، يدل عليه قوله تعالى: "وما أرسلنا من رسول الله الإ بلسان قومه[٢]".

وهذا دليل على أن الأنبياء السابقين عليهم السلام- كانوا يبعثون إلى أقوامهم خاصة، وعلى تقدير نقله يحتمل أن يكون زمان النبى ﷺ زمان اندراس الشرائع المتقدمة وتعذر التكليف بها لعدم نقلها وتفصيلها، ولذلك بعث فى ذلك الزمان[٣].

أجيب عن ذلك:

بأنا لا نسلم لكم عدم عموم شرع من قبلنا، لأن آدم- عليه السلام- كان مبعوثاً إلى الكل، وكذا نوحاً بعد الطوفان، فلما لم يثبت نسخ شريعتهما فهما كما كانتا باقيتين على العموم، وأما احتمال كون زمانه زمان الاندراس، فقد تقدم الكلام فيه. وأما قولكم ولذلك بعث فى ذلك الزمان ممنوع. لم لا يجوز أن يكون بعثه فى ذلك الزمان لما فيه من المصلحة فى نسخ بعض الشرائع

---

(١) راجع هذا الدليل فى المراجع السابقة، تيسير التحرير جـ٢ ص١٣٠.

(٢) سورة إبراهيم الآية ٤.

(٣) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٨٩، الآيات البينات للعبادى جـ٤ ص١٩١.

المتقدمة، وإن كانت معلومة منقولة مفصلة، كما وقع النسخ[١] في شريعتنا لأسباب كثيرة مفصلة، ومن ذلك الإجماع المنعقد على نسخ وجوب التوجه إلى بيت المقدس باستقبال الكعبة في قوله تعالى: "فول وجهك شطر المسجد الحرام[٢] "، وعلى نسخ الوصية للوالدين والأقربين بآية المواريث، ونسخ صوم يوم عاشوراء بصوم رمضان إلى غير ذلك من الأحكام.

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني القائلون بعدم جواز تعبد النبي صلى الله عليه وسلم بشرع من قبله قبل البعثة بالمعقول، هاك بيانه:

---

(١) يطلق النسخ لغة على عدة معانٍ هاك بيانها:
أ- الإزالة سواء أقيم شئ مقامه أم لا.
ب- النقل والتحويل سواء كان النقل من مكان إلى مكان دون تغيير مع انعدامه في المحل الأول أم لا ومن حالة إلى أخرى.
جـ- الرفع ومنه نسخت الشمس الظل ونسخت الريح آثار القوم (راجع القاموس المحيط جـ١ ص٢٨١ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، لسان العرب جـ٦ ص ٤٤٠ ط دار المعارف، المصباح المنير جـ٢ ص٦٠٢ ط المكتبة العلمية بيروت- لبنان، مختار الصحاح ص٦٥٦ ط دار مصر للطباعة وفي الاصطلاح له عدة تعريفات منها مايلي:
أ- فقد عرفه صدر الشريعة فقال: هو أن يرد دليل شرعي متراخياً عن دليل شرعي مقتضياً خلاف حكمه (التوضيح جـ٢ ص٦٢).
ب- وعرفه ابن الحاجب فقال: هورفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر (مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢).
جـ- وعرفه البيضاوي: بأنه انتهاء حكم شرعي بطريق شرعي متأخر عنه (الإبهاج جـ٢ ص١٤٥).
(٢) سورة البقرة الآية ١٤٤.

أ- دليلهم من المعقول: استدلوا من المعقول بمايلى:

١- لو كان الرسول ﷺ متعبداً بشرع من قبله قبل البعثة، لوقعت المخالطة مع أهل الشرائع السابقة لمعرفة الأحكام عادة، فإن المعرفة مقدمة العمل، وهذا لا يحصل إلا بالتعلم من أهلها، والتعلم لا يحصل إلا بالمخالطة، ولو وقعت المخالطة لنقل إلينا ويفعل بفعلهم، وقد نقلت أفعاله قبل البعثة، وعرفت أحواله، ولم ينقل عنه أنه ﷺ كان يفعل ما تفعله النصارى أو يخالطهم، أو يخالط غيرهم أو يسألهم عن شرعهم، وانتفاء المخالطة وهو اللازم دليل على انتفاء الوقوع والنقل والتعبد هو الملزوم[١].

أجيب عن ذلك:

بمنع قضاء العادة بالثبوت واللزوم والسند، وهو أنه متعبد بما علم أنه شرع، وذلك يحصل بالتواتر دون الآحاد، والتواتر لا يحتاج إلى المخالطة، والآحاد لايفيد العلم، وإذا ثبت هذا فلا نسلم لزوم المخالطة، لأنها قد تمتنع لموانع، وإن لم نعلمها، فيحمل عدم المخالطة على الموانع من المخالطة، جمعاً بين دليلنا الدال على كونه متعبداً بشرع من قبله، وهو تضافر الأحاديث، ودليلكم الدال على نفى تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله، وفى هذا جمع بين الأدلة فإن الجمع بين الأدلة واجب ما أمكن[٢].

(١) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٨٨، المعتمد جـ٢ ص٣٣٧.

(٢) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص٢٨٦، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٤

أدلة المذهب الثالث:

استدل أصحاب المذهب الثالث القائلون بالتوقف من المعقول بمايلى:

١- بأن القول بوقوع التعبد وعدمه يستدعى دليلاً، والأصل عدمه، وما يتوهم من الأدلة الدالة على الوقوع وعدمه، فمع عدم دلالتها فى أنفسها معارضة وليس التمسك بالبعض منها أولى من البعض [١].

أجيب عن ذلك:

بأن هنالك أدلة صحيحة على تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة، وقدذ ذكرناها فى أدلة المذهب الأول القائل بجواز التعبد.

هذا وبعد ذكر الأقوال والأدلة فى تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة أرى ترجيح قول من قال: إنه كان متعبداً به، وذلك لدلالة الحديث على ذلك، وهذا ما رجحه ابن الحاجب حيث قال: "والمختار أنه كان متعبداً بشرع من قبله قبل البعثة[٢]"

---

(١) راجع إرشاد الفحول ص٢١١، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٨٨، المستصفى جـ١ ص٢٤٦، البرهان لإمام الحرمين جـ١ ص٢٠٩.

(٢) راجع مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٦.

المبحث الرابع

" تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلهم بعد البعثة "

تمهيـــــــد:

بعد أن تحدثنا فى المبحث الثالث عن تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة، وقلنا إن المختار أنه ﷺ متعبد به، نتحدث هنا عن تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلنا بعد البعثة.

أولاً: تحرير محل النزاع:

أ- إن الشرائع السماوية كلها واحدة فى أصول الدين، مثل الإيمان بالله تعالى وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، والقضاء خيره وشره حلوه ومره، وغير ذلك من أصول العبادات التى لا تختلف فيها الشرائع، قال تعالى: "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه(١)".

ب- إن ما ثبت نسخه بشريعتنا فإنه لا يؤخذ به، وكذلك ما قام الدليل على أنه كان خاصاً بالأقوام السابقة، فإنه لا يسرى علينا حكمه اتفاقاً.

مثال ذلك: ما كان فى شريعة موسى -عليه السلام- أن العاصى لا يكفر عن ذنبه إلا إذا قتل نفسه، قال تعالى: "فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم(٢)" فقد نسخ ذلك، إذ جاز للعاصى أن يتوب إلى الله تعالى، وباب التوبه مفتوح إلى أن تطلع الشمس من مغربها،

(١) جزء من الآية ١٣ من سورة الشورى.
(٢) سورة البقرة الآية ٥٤.

أو قبل الغرغرة، قال تعالى: "قل يا عبادى الذين أسرفوا على أنفسهم لا تقنطوا من رحمة الله إن الله يغفر الذنوب جميعاً إنه هو الغفور الرحيم[١] ".

وكذلك عدم طهارة الثوب المتنجس إلا بقطع الجزء الذى أصابته النجاسة، وكان ذلك فى شريعة موسى- عليه السلام-، ثم نسخ هذا الحكم فى شريعتنا وجعل طهارة الثوب المتنجس بغسله بالماء وليس بقطع الجزء المتنجس، كذلك تحريم بعض الأطعمة على بنى إسرائيل، كما قصه الله تعالى بقوله "وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون[٢] "، فقد نسخ التحريم وأبيح لنا ما كان محرماً على بنى إسرائيل.

جـ- إننا لا يمكن أن نتعرف على الأحكام فى الشرائع السابقة إلا من المصادر الإسلامية وهى الكتاب والسنة، أما ما علم بنقل أهل الكتاب فلا يعتبر حجة، لإخبار الله تعالى أنهم حرفوا الكتب وبدلوها.

د- ما ثبت أنه مقرر فى شريعتنا، فإنه يجب علينا اتباعه بلا خلاف، مثال ذلك الصيام، فإنه كان مشروعاً فى الأمم السابقة، فشرع فى شريعتنا وأصبح واجباً علينا، قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين

---

(١) سورة الزمر الآية ٥٣.

(٢) سورة الأنعام الآية ١٤٦.

من قبلكم لعلكم تتقون[1] "، فقد أوجبه الله علينا كما كان واجباً على الأمم السابقة، ولم ينسخ فى حقنا، هذه هى أوجه الاتفاق بين العلماء.

أما الذى ورد فى شريعتنا وكان مشروعاً فى الشرائع السابقة، ولم يرد حكم بالنهى عنه أو الأمر بإتباعه، مثل قوله تعالى: "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص[2] وقوله تعالى: "من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً[3] "، فقد اختلف العلماء فى تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلهم على مذاهب وهو ما سنتناوله فيمايلى:

ثانياً: مذاهب العلماء:

اختلف العلماء فى تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلهم بعد البعثة على ثلاثة مذاهب هاك بيانها:

أ- المذهب الأول:

وعليه الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ونقله الشوكانى عن ابن السمعانى، ونقله البخارى فى الكشف عن أكثر الحنفية وعامة أصحاب الشافعى، وطائفة من المتكلمين، واختاره ابن الحاجب والسرخسى وابن القشيرى، ونقله الآمدى عن الحنفية، واختاره ابن عبد الشكور وغيرهم، وهم يرون أن

(١) سورة البقرة الآية ١٨٣.
(٢) سورة المائدة من الآية ٤٥.
(٣) جزء من الآية ٣٢ من سورة المائدة.

شرع من قبلنا لازم لنا، ويجب علينا العمل به على أنه شرعنا، فكل شريعة سبقت فهى شريعة لنبينا- عليه السلام- مشروعة فى حقه، إلا إذا قام دليل الانتساخ بناءً على أن ذلك شريعه له، بشرط أن يقصه الله تعالى فى كتابه العزيز، أو يقصه النبى ﷺ فى سنته على أنه من شرع من قبلنا من غير إنكار أو نسخ، غير أن هؤلاء اختلفوا فى النقل، فمنهم من لا يأخذ بما علم بنقل أهل الكتاب، أو نقل من أسلم منهم، أو ما فهمه المسلمون من كتبهم، فإنه لا يجب علينا اتباعه لقيام دليل يوجب العلم، وهو إخبار الله تعالى على أنهم حرفوا الكتب فى قوله تعالى: "من الذين هادوا يحرفون الكلم عن مواضعه[1]"، وقوله تعالى: "ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه[2]"، فلا يعتبر نقلهم، لاحتمال أن يكون المنقول والمفهوم من قبيل ما حرفوه وبدلوه، فلا تقوم به الحجة، ولابد فى الأخذ عنهم أن يقصه الله تعالى أو رسوله ﷺ من غير إنكار أو نسخ.

ومنهم من لا يفصل فى النقل بين أهل الكتاب، أو برواية المسلمين عما فى أيديهم من الكتاب، وبين ما ثبت من ذلك بما قصه الله تعالى أو رسوله أولا[3].

---

(١) سورة النساء الآية ٤٦.

(٢) سورة المائدة الآية ٤١.

(٣) راجع هذا المذهب فى شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص٢٨٦، المسودة ص١٨٤، كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٢ وما بعدها، أصول السرخسى جـ٢ ص٩٩، تيسير التحرير جـ٢ ص١٣٠، البرهان جـ١ ص٥٠٣، اللمع لأبى إسحاق ص٤٢ ط الحلبى بمصر، إرشاد الفحول ص٢١٠، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٤، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٠، حاشية العطار على جمع الجوامع جـ٢ ص٢٥٣ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.

ب- المذهب الثاني:

وعليه الشافعي وبعض أصحابه، وبعض الأشاعرة والمعتزلة، والإمام أ حمد في رواية، واختاره الغزالي والرازي والبيضاوي والآمدي وابن السبكي، ونقله الشوكاني عن ابن السمعاني، ونقله البخاري في الكشف عن أكثر المتكلمين وطائفة من الحنفية وغيرهم، وهم يرون أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا.

وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: فأما شرائع الأنبياء- عليهم السلام- الذين كانوا قبل نبينا ﷺ فالناس فيها على قولين: فقوم قالوا: هي لازمة لنا ما لم ننه عنها، وقال آخرون: هي ساقطة عنا، ولا يجوز العمل بشئ منها، إلا أن نخاطب في ملتنا بشئ موافق لبعضها فنقف عنده ائتماراً لنبينا ﷺ لا اتباعاً للشرائع الخالية، وقال ابن حزم وبهذا نقول.

وقال الزنجاني: شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا عند الشافعي رضي الله عنه. وقال الغزالي: وهو المختار، وقال المحلي: المختار بعد النبوة المنع من تعبده بشرع من قبله[1].

جـ المذهب الثالث:

وعليه بعض العلماء، ونقله الشوكاني عن ابن القشيري، وابن برهان وغيرهما، وهم يرون التوقف وعدم الحكم بشئ،

(1) راجع هذا المذهب في المستصفى جـ1 ص251، المحصول جـ1 ص519، الإبهاج جـ2 ص302، الأحكام للآمدي جـ4 ص190، إرشاد الفحول ص210، جمع الجوامع مع حاشية البناني جـ2 ص352، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ3 ص212، نهاية السول جـ2 ص11، البرهان جـ1 ص503، الأحكام لابن حزم جـ5 ص722، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص198 ط جامعة دمشق.

وذكره الآمدى فقال: ومن الأصوليين من قال بالوقف، ثم علق عليه بقوله وهو بعيد(١) .

ثالثاً: الأدلـــــة:

أ- أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب هذا المذهب على تعبد النبيﷺ وأمته بشرع من قبلهم بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول هاك بيانها:

دليلهم من الكتاب: استدلوا من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى: "أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده"(٢) .

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أمر النبى ﷺ بالاقتداء بهدى الأنبياء المذكورين قبل الآية المذكورة، والأمر للوجوب، فيجب عليه العمل بهداهم، والهدى يقع على الإيمان والأحكام الشرعية الفرعية، لشموله لهما، لأن الاهتداء يحصل بالمجموع، والأصل موافقته لهم فى الأحكام فيما لم ينسخ، ولا معنى للاقتداء إلا الالتزام والتمسك بشرعهم، وما كان واجبا فى حقه كان واجباً فى حقنا كذلك، فيكون شرع من قبلنا شرعاً لنا(٣) .

اعترض على ذلك:

بأن الآية الكريمة لا دلالة لكم فيها، إذ لم يكن الأمر فيها على العموم، وإنما هو أمر خاص بما كان مشتركاً بينهم جميعاً -عليهم السلام-، وفيما لم ينسخ، أما عدا ذلك فإنه لا يجب على

(١) راجع إرشاد الفحول ص٢١٠، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٠.
(٢) سورة الأنعام الآية ٩٠.
(٣) راجع وجه الدلالة فى كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٣، أصول السرخسى جـ٢ ص١٠٣، نزهة الخاطر العاطر جـ٢ ص٤٠٠ وما بعدها ط الكليات الأزهرية، تفسير القرطبى جـ٣ ص٢٥٥٧ وما بعدها، الناشر دار الغد العربى.

نبينا ﷺ اتباعه، وبذا لا يكون شرعهم شرعاً له، وبالتالى فلا يكون شرعاً لنا(١).

وقد رد الإمام الغزالى الاستدلال بهذه الآية فقال: إنه تعالى لما ذكر الأنبياء عليهم السلام قال "أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده"(٢) قلنا: أراد بالهدى التوحيد، ودلالة الأدلة العقلية على وحدانيته وصفاته تعالى بدليلين:

أحدهما: أنه قال "فبهداهم اقتده" ولم يقل بهم وإنما هداهم الأدلة التى ليست منسوبة إليهم، أما الشرع فإنه منسوب إليهم، فيكون اتباعهم فيه اقتداء بهم.

الثانى: إنه كيف أمر بجميع شرائعهم وهى مختلفة وناسخة ومنسوخة، ومتى بحث النبى ﷺ عن جميع شرائعهم وهى كثيرة، فدل ذلك على أنه أراد الهدى المشترك بين جميعهم وهو التوحيد(٣) .

وقد رد الآمدى الاستدلال بهذه الآية فقال: إنه إنما أمره باتباع هدى مضاف إلى جميعهم مشترك بينهم، دون ما وقع به الخلاف فيما بينهم والناسخ والمنسوخ منه، لاستحالة اتباعه وامتثاله، والهدى المشترك فيما بينهم إنما هو التوحيد، والأدلة العقلية الهادية إليه، وليس ذلك من شرعهم فى شئ، ولهذا قال تعالى "فبهداهم اقتده" ولم يقل بهم، وبتقدير أن يكون المراد من الهدى المشترك، ما اتفقوا فيه من الشرائع دون ما اختلفوا فيه

---

(١) راجع الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص٣٢٦ الناشر دار المسلم بالقاهرة.

(٢) سورة الأنعام الآية ٩٠.

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص٢٥٥وما بعدها.

فاتباعه له إنما كان بوحى إليه وأمر مجدد، لا أنه بطريق الاقتداء بهم(١) .

٢- واستدلوا كذلك بقوله تعالى: "ونبئهم أن الماء قسمة بينهم(٢) " وقال تعالى: "لها شرب ولكم شرب يوم معلوم"(٣) .

وجه الاستدلال بالآيتين:

إن محمد بن الحسن الشيبانى قد احتج فى تصحيح القسمة فى العين والمهايأة فى المنفعة بهاتين الآيتين، وما استدل بهما إلا بعد اعتقاده بقاء حكمهما، وأنه شريعة لنبينا، فإنه فى معرض بيان شريعة نبينا لا شريعه من قبله، وقد ذكر شمس الأئمة السرخسى أن محمداً استدل فى كتاب الشرب على جواز القسمة بطريق المهايأة بالآيتين المذكورتين، والمهايأة مفاعلة من الهيئة، وهى الحالة الظاهرة للتهئ للشئ، كأن المتهايئين لما تواضعا على أمر، رضى كل واحد بحالة واحدة واختارها.

والآيتان قد سبقتا لبيان قصة سيدنا صالح- عليه السلام- وناقته، وهى من شرع من قبلنا، فكان شرعاً لنا(٤) .

٣- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: "إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح والنبيين من بعده(١) ".

---

(١) راجع الأحكام للآمدى جـ ٤ ص١٩٢ وما بعدها.
(٢) سورة القمر الآية ٢٨.
(٣) سورة الشعراء الآية ١٥٥.
(٤) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٣، أصول السرخسى جـ٢ ص١٠٠، كشف الأسرار على المنار جـ٢ ص١٧١ وما بعدها، المبسوط جـ٢٣ ص٢٠١ ط دار المعرفة بيروت- لبنان.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أخبر بأنه أوحى إلى نبينا ﷺ بعين ما أوحى إلى نوح وإلى النبيين من بعده، فيقتضى كون الموحى به إليه هو عين الموحى به إليهم من الأحكام، فيكون متعبداً بشرع من قبله(٢) .

اعترض على ذلك:

بأنا لا نسلم أنه يدل على أنه أوحى إليه بعين ما أوحى إليهم، لأن التشبيه وقع فى الوحى دون الموحى به، فلا دلالة على إتحاد شرائع الكل حتى يقال بإتباعه لشريعتهم، بل المراد به رد استبعاد الكفار الإيحاء إلى بشر، فإنهم كانوا يستبعدون الإيحاء إلى نبينا ﷺ لكونه بشراً، والوحى إلى البشر بعيد من الله تعالى عليهم، بأنه أوحى إليه كما اوحى إلى سائر الأنبياء المتقدمين، وهم بشر، فلا استبعاد فى الإيحاء إلى البشر، كما لا نسلم أن المشابهة فى الوحى تتوقف على اتحاد الموحى به، ولو سلم أن المراد به أنه أوحى إليه بعين ما أوحى إلى غيره من النبيين، فلا نسلم دلالته على كونه مأموراً بإتباعهم، فإن معناه: أنه متعبد بمثل ما أوحى إلى من قبله من الشرائع بوحى مبتدأ لا بطريق الاتباع لغيره فى شرائعهم، وما كان ذكر نوح- عليه السلام- إلا تشريفاً وتعظيماً وتخصيصاً له، وعلى هذا فلا استدلال لهم فيما ذهبوا إليه من

---

(١) سورة النساء الآية ١٦٣.

(٢) راجع المراجع السابقة فى رقم ١.

وجوب اتباع شرع من قبلنا(١).

٤- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذى أوحينا إليك(٢)".

وجه الدلالة:

فإن الآية الكريمة تدل على وجوب اتباعه ﷺ لشريعة نوح، فإن شرعه هو عين شرع نوح، فإن الدين هو الشرع، فيكون متعبداً بما أوحى إلى نوح عليه السلام(٣).

نوقش هذا:

بأنا لا نسلم أن المراد بالدين هو الشرع، بمعنى الأحكام الفرعية، بل المراد بالدين إصل الدين من التوحيد والاعتقاد بوجود الصانع وسائر ما يجب اعتقاده مما يتعلق بذات الله تعالى وصفاته، لا ما اندرس من شريعته فى الفروع، بدليل أنه لم ينقل عن النبى ﷺ البحث عن شريعة نوح، ولو كان متعبداً بها لبحث عنها النبى ﷺ إذ يستحيل عليه إهمال ما هو متعبد به ومأمور به إذ التعبد بها مع عدم العلم بها ممتنع، وحيث خصص نوحاً بالذكر مع اشتراك جميع الأنبياء فى الوصية بالتوحيد، يكون تشريفاً له وتكريماً، كما خصص روح عيسى -عليه السلام- بالإضافة إليه والمؤمنين بلفظ العباد، ولو سلم أن المراد بالدين الشرع بمعنى الأحكام لوجوب العمل بها فكما تقدم من أن المراد به أنه متعبد

(١) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٤، المعتمد جـ٢ ص٣٤٠ وما بعدها.

(٢) سورة الشورى الآية ١٣.

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٢، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٥.

بمثل شرع نوح بوحى مبتدأ على أنه شريعة لـه، لا أنـه متعبد بـه بطريق الاتباع له(١).

٥- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: "ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا(٢)".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى قد أمر نبينا محمداً ﷺ بإتباع ملة إبراهيم، والأمر للوجوب، فيكون متعبداً بإتباعه، وما دام الأمر هكذا، فإنه يجب علينا اتباع شرائع الأنبياء السابقين عليهم السلام لرسولنا محمد ﷺ (٣) .

اعترض على ذلك:

بأن المراد بلفظ الملة: إنما هو أصول التوحيد دون الفروع الشرعية، فإن لفظ الملة لا يطلق على الفروع، إذ لا يقال ملة أبى حنيفة، وملة الشافعى لمذهبيهما فى الفروع، ولو سلم أن المراد بالملة الفروع، فالمراد إيجاب العمل بوحى مبتدأ على أنه شريعة له، لا بطريق الاتباع، فضلاً عما تقدم فإن الله تعالى قال لنبيه ﷺ "ثم أوحينا إليك"، ولم يقل أوحينا إلى غيرك، ثم إن قوله تعالى

(١) راجع المعتمد جـ٢ ص٣٤١، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٧، المستصفى جـ١ ص٢٥٧ وما بعدها، الإبهاج جـ٢ ص٣٠٦، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص٣٢٨.
(٢) سورة النحل الآية ١٢٣.
(٣) راجع الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبى المكارم ص٣٢٧/ كاشف معانى البديع لسراج الدين الهندى رسالتنا لنيل درجة التخصص (الماجستير ص٧٠ وما بعدها).

"اتبع" معناه: افعل مثل ما فعل ابراهيم- عليه السلام- ومن هنا لم يكن فى الآية دلالة على ما ذهبوا إليه(١).

وقد رد الآمدى الاستدلال بهذه الآية فقال: إن المراد بلفظ الملة إنما هو أصول التوحيد وإجلال الله تعالى بالعبادة، دون الفروع الشرعية، ويدل على ذلك أربعة أوجه:

أ- إن لفظ الملة لا يطلق على الفروع الشرعية، بدليل أنه لا يقال ملة الشافعى وملة أبى حنيفة لمذهبيهما فى الفروع الشرعية.

ب- إنه قال عقب ذلك: "وما كان من المشركين"(٢) ذكر ذلك فى مقابلة الدين، ومقابل الشرك إنما هو التوحيد.

جـ- إن الله تعالى قال: "ومن يرغب عن ملة إبراهيم إلا من سفه نفسه(٣)" ولو كان المراد من الدين الأحكام الفرعية، لكان من خالفه فيها من الأنبياء سفيها وهو محال.

د- إنه لو كان المراد بالدين فروع الشريعة، لوجب على النبى ﷺ البحث عنها، لكونه مأموراً بها، وذلك مع اندراسها ممتنع، ثم وإن سلمنا ان المراد بالملة الفروع الشرعية، غير أنه إنما وجب عليه اتباعها بما أوحى إليه، ولهذا قال(٤) "ثم أوحينا إليك(٥) ".

---

(١) راجع هذا الاعتراض فى المستصفى جـ٢ ص٢٥٦ ومابعدها، المعتمد جـ٢ ص٣٤٠.
(٢) سورة النحل الآية ١٢٣.
(٣) سورة البقرة الآية ١٣٠.
(٤) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٨.
(٥) سورة النحل الآية ١٢٣.

٦- واستدلوا أيضا بقوله تعالى "إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا(١) ".

وجه الدلالة:

إن الله سبحانه وتعالى أخبر فى هذه الآية الكريمة أن التوراة فيها الهدى والنور، كى يحكم بها النبيون، ومحمد ﷺ من جملة النبيين، والخطاب موجه إلى الجميع، وهو يوجب عليه الحكم بها، فيكون شرع من قبلنا شرعاً لنا(٢) .

اعترض على ذلك:

بأن هذه الآية لا دلالة فيها على أن شرع من قبلنا شرع لنا، لأن الله أخبر بأن التوراة فيها الهدى والنور، والمراد بهما أصل الشريعة، وهو التوحيد، كما أن المراد بهؤلاء الأنبياء هم أنبياء بنى إسرائيل، لقوله تعالى فى الآية نفسها "للذين هادوا".

يقول الإمام الغزالى فى رد هذا الاستدلال: إن المراد بالنور والهدى فى الآية: أصل التوحيد وما يشترك فيه النبيون، دون الأحكام المعرضة للنسخ، ثم لعله أراد النبيين فى زمانه دون من بعدهم، ثم هو على صيغة الخبر، لا على صيغة الأمر، فلا حجة فيه، ثم يجوز أن يكون المراد حكم النبيين بها بأمر ابتدأهم به الله تعالى وحياً إليهم، لا بوحى موسى- عليه السلام(٣) .

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٤.

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص٣٣٠ وما بعدها.

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص٢٥٨.

ويقول الآمدى فى رد الاستدلال بهذه الآية: إن الآية فيها صيغة إخبار، لا صيغة أمر حين قال الله تعالى: "إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون(١) "، وهذا لا يدل على وجوب اتباعها، وبتقدير أن يكون ذلك أمراً فإنه يجب حمله على ما هو مشترك الوجوب بين جميع الأنبياء، وهو التوحيد دون الفروع الشرعية المختلف فيها، فيما بينهم، لإمكان تنزيل لفظ النبيين على عمومه، بخلاف التنزيل على الفروع الشرعية.

كيف وإن هذه الآيات متعارضة، والعمل بجميعها ممتنع، وليس العمل بالبعض أولى من البعض(٢) .

ويقول ابن حزم فى رد الاستدلال بالآية: إن المراد بالأنبياء فى الآية أنبياء بنى إسرائيل، لا محمدﷺ لأنه تعالى يقول "ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين(٣) "، وبيان ذلك فى الآية المستدل بها "قوله تعالى "يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا(٤) "، ونحن ليس لنا نبيون، بل لنا نبى واحد وهو محمد ﷺ، والأنبياء كلهم مسلمون، وقد حكى الله تعالى عن أنبياء سالفين أنهم قالوا: أمرنا بأن نكون من المسلمين، وأيضاً فقد قال الله تعالى حاكياً عن أهل الكتاب أنهم قالوا لنا "كونوا هوداً أو نصارى تهتدوا قل بل ملة إبراهيم

(١) سورة المائدة الآية ٤٤.
(٢) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٨ وما بعدها.
(٣) سورة آل عمران الآية ٨٥.
(٤) سورة المائدة الآية ٤٤.

حنيفا(١)" فصح أن الله تعالى نهى عن دين اليهود والنصارى، وأمرنا بدين إبراهيم عليه السلام، قال تعالى "لم تحاجون في إبراهيم وما أنزلت التوراة والإنجيل إلا من بعده(٢)"، فصح يقينا أن ابراهيم كانت شريعته قبل التوراة، وأن شريعته لازمة لنا، فمن المحال الممتنع أن نؤمر باتباع شئ نزل بعد شريعتنا، وهذا متناقض، فبطل تاويل من ظن الخطأ في قوله تعالى "يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا" وصح أنهم أنبياء بني إسرائيل فقط.

فإن قالوا: لا خلاف بين التوراة وبين شريعة إبراهيم- عليه السلام- ولا بين شريعتنا بناءً على قوله ﷺ "الأنبياء إخوة من علات أمهاتهم شتى ودينهم واحد(٣)" قلنا لهم: هذا حجة عليكم لا لكم إن تأولتم فيه اتفاق أحكام شرائعهم لاختلافها، قال تعالى: "ولأحل لكم بعض الذى حرم عليكم(٤)" وقوله تعالى "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا(٥) "، ولكن معى قوله ﷺ "ودينهم واحد" إنما يعنى التوحيد الذى لم يختلفوا فيه أصلاً(٦) .

---

(١) سورة البقرة الآية ١٣٥.

(٢) سورة آل عمران الآية ٦٥.

(٣) هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه وأحمد في مسنده من طريق أبى هريرة: راجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٥ ص٢١٥ حديث رقم ١٣٠ كتاب الفضائل، مسند أحمد جـ٢ ص٣١٩.

(٤) سورة آل عمران الآية ٥٠.

(٥) سورة المائدة الآية ٤٨.

(٦) راجع الأحكام لابن حزم جـ٥ ص٧٢٣ وما بعدها.

٧- واستدلوا أيضا بقوله تعالى "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون[١] .

وجه الدلالة:

أن الله تعالى حكم على من لم يحكم بالأحكام التى أنزلها فى التوراة بأنه يكون كافراً، وعلى هذا: فالواجب علينا أن نحكم بما أنزل الله تعالى فى التوراة، وهو شرع من قبلنا[٢] .

اعترض على ذلك:

بأن المراد بمن لم يحكم بما أنزل الله تعالى مكذباً وجاحداً له، لا من حكم بما أنزل الله عليه خاصة، أو من لم يحكم به ممن أوجب عليه الحكم من أمته وأمة كل نبى إذا خالفت ما أنزل على نبيهم، أو يكون المراد به يحكم بمثلها النبيون، وإن كان بوحى خاص لا بطريق التبعية[٣] .

أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب على تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلنا بأدلة من السنة هاك بعضاً منها:

١- ما روى عن عبد الله بن عمر- رضى الله عنهما- قال: "جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ، فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم؟ فقال: نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام:

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٤.

(٢) راجع الأحكام لابن حزم جـ٥ ص٧٢٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد ابو المكارم ص٣٢١.

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص٢٥٩، تفسير القرطبى جـ٣ ص٢٢٨٥ وما بعدها.

كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فنشروها، فوضع أحدهم يده على آية الرجم، ثم قرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله بن سلام: أرفع يدك، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم، فقال: صدقت يا محمد فيها آية الرجم فامر بهما رسول الله ﷺ فرجما(١)".

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ راجع التوراة فى رجم اليهوديين فقد دل هذا على أن شرع من قبلنا هو شرع لنا، ولو لم يكن شرعاً لنا لما راجع النبى ﷺ التوراة فى رجم من زنى من اليهود(٢).

اعترض على ذلك:

بأنا لا نسلم أن النبى ﷺ راجع التوراة ليعرف الحكم منها لعدم وجود حكم، وإنما راجعها لإظهار كذبهم وافترائهم، لأن اليهود كذبوا على رسول الله ﷺ إذ نفوا وجود حد يقام على الزانى، فأراد أن يكذبهم، فرجع إلى التوراة فوجد فيها الرجم(٣).

يقول ابن حزم فى رد هذا الاستدلال بعد ذكر الحديث السابق: وهذا لا حجة لهم فيه، بل هو تأويل سوء ممن تأوله، لأنه عليه السلام فى شريعته المنزلة عليه بلا شك أمر برجم من أحصن من الزناة، وإنما دعا عليه السلام بالتوراة حسماً لشغب اليهود، وتبكيتاً لهم فى تركهم العمل بما أمروا به، وإعلاماً لهم

---

(١) راجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٢ ص٣٦ باب رجم اليهود كتاب الحدود، سنن الترمذى جـ٥ ص٢١٤ باب ما جاء فى رجم أهل الكتاب.

(٢) راجع هذا الدليل فى فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٥، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٤، حاشية التفتازانى على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص٢٨٦، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص٣٣٢.

(٣) راجع الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص٣٣٢.

بأنهم خالفوا كتابهم الذى يرون أنه أنزل عليهم، ومن قال إنه عليه السلام رجم اليهوديين اتباعاً للتوراة، لا لأمر الله تعالى له برجم كل من أحصن من الزناة فى شريعته المنزلة عليه فقد كفر وفارق الإسلام وحل دمه، لأنه ينسب إلى النبى ﷺ عصيان ربه فيما أمره به فى شريعته المنزلة عليه، إذ تركها واتبع ما نزل فى التوراة، وقد أخبر الله تعالى أن اليهود يحرفون الكلم عن مواضعه، فمن الكفر العظيم أن يقول من يدعى أنه مسلم: أن النبى ﷺ حكم بكتاب قيل إنه محرف(١).

وفى هذا المعنى يقول الإمام الغزالى رحمه الله: إن مراجعة النبى ﷺ التوراة فى رجم اليهوديين كان تكذيباً لهم فى إنكار الرجم، إذ كان يجب أن يراجع الإنجيل، فإنه آخر ما أنزل الله، فلذلك لم يراجع فى واقعة سوى هذه(٢) .

٢- واستدلوا أيضاً بما رواه مسلم فى صحيحه وغيره عن أنس أن أخت الربيع أم حارثه جرحت إنساناً، فاختصموا إلى النبى ﷺ فقال رسول الله ﷺ: القصاص القصاص، فقالت أم الربيع: يا رسول الله اتقتص من فلانة! والله لا يقتص منها فقال رسول الله ﷺ: سبحان الله يا أم الربيع! القصاص كتاب الله، قال: والله لا يقتص منها أبداً قال: فما زالت حتى قبلوا الدية، فقال رسول الله ﷺ "إن من عباد الله من لو اقسم على الله لأبره(٣) ".

---

(١) راجع الإحكام لابن حزم جـ٥ ص٧٢٧.

(٢) راجع المستصفى جـ١ ص٢٦٠.

(٣) هذا الحديث رواه مسلم فى صحيحه وأبو داود فى سننه من طريق أنس بن مالك: راجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٤ ص٢٤١ وما بعدها باب اثبات القصاص فى الأسنان، سنن أبى داود جـ٤ ص١٩٧ حديث رقم ٤٥٩٥.

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ قضى بالقصاص الذى جاء فى التوراة، وأحال على قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص(١)".

وليس فى كتاب الله تعالى نص على القصاص فى السن إلا هذه الآية، وهى خبر عن شرع التوراة، ومع ذلك حكم بها وأحال عليها، وهى من شرع من قبلنا فكان شرعا لنا(٢).

اعترض على ذلك:

بأنا لا نسلم لكم أن القرآن الكريم غير مشتمل على قصاص السن بالسن، ودليله قوله تعالى "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم(٣)" وهو عام فى السن وغيره(٤).

وفى رد الاستدلال بهذا الحديث يقول ابن حزم بعد ذكر الحديث: إنما عنى رسول الله ﷺ قوله تعالى "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم"، وهذا الذى خوطبنا به نحن هو اللازم لنا، ولم يأت نص على أنه عليه السلام عنى غير هذه الآية أصلاً.

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٢) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٤، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٢ ص٦٣١، تفسير القرطبى جـ٧ ص٣٥ وما بعدها.

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٤.

(٤) راجع المراجع السابقة.

فإن قال قائل: فلعله عليه السلام إنما عنى بذلك قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس(١)"، وما أعلمكم بأنه عليه السلام عنى الآية التى تلوتم دون هذه، فالجواب: إن البرهان على أنه عليه السلام لم يعن بقوله "كتاب الله القصاص" قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها" لأنه ليس فى التوراة قبول الأرش، وإنما الأرش فى حكم الإسلام، وفى الحديث المذكور أنهم قبلوا الأرش، فصح أنه عليه السلام لم يعن(٢) قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها(٣)".

٣- واستدلوا أيضاً: بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: "من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها(٤)" وتلا قوله تعالى "وأقم الصلاة لذكرى(٥)".

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ استدل بهذه الآية على وجوب الصلاة عند تذكرها، وإلا لم يكن لتلاوتها فائدة فى هذا المقام، وهذا دليل على أن النبى ﷺ متعبد بشرع من قبله، فكذلك أمته، وإلا لما صح الاستدلال بها(٦) .

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٢) راجع الأحكام لابن حزم جـ٥ ص٧٣٦، المستصفى جـ١ ص٢٥٩، الأحكام للآمدى جـ٤ ص ١٩٩.

(٣) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٤) راجع سنن النسائى جـ١ ص٢٣٨ ط البالى الحلبى وأولاده بمصر.

(٥) سورة طه الآية ١٤.

(٦) راجع تيسير التحرير جـ٣ ص١٣١، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص٢٨٧، أصول السرخسى جـ٢ ص١٠٠، هامش الشربينى على جمع الجوامع جـ٢ ص٢٩٤.

اعترض على ذلك:

بأنه لم يذكر الخطاب مع موسى عليه السلام، لكونه موجباً لقضاء الصلاة عند النوم والنسيان، وإنما أوجب ذلك بما أوحى إليه، ونبه على أن أمته ﷺ مأمورة بذلك، كما أمر موسى عليه السلام(١) .

وفى رد الاستدلال بهذا الحديث يقول الإمام الغزالى- رحمه الله: ما ذكره رسول الله ﷺ إنما هو تعليل للإيجاب، لكن أوجب بما أوحى إليه، ونبه على أنهم أمروا كما أمر موسى عليه السلام، وقوله تعالى "وأقم الصلاة لذكرى"(٢) . إيجاب للصلاة، ولولا الخبر لكان السابق إلى الفهم أنه لذكر الله تعالى بالقلب، أو لذكر الصلاة بالإيجاب(٣) .

وفى هذا المعنى يقول ابن عبد الشكور: لا نسلم أنه ﷺ تعبد بشرع موسى عليه السلام، بل أمر به، للوحى الذى أوحى به، وأمر فيه بوجوب القضاء(٤) .

٤- واستدلوا أيضاً: بما روى أن النبى ﷺ لما قدم المدينة رأى اليهود يصومون يوم عاشوراء، فقال: ما هذا؟ قالوا: هذا يوم نجى الله فيه موسى، فقال أنا أولى بموسى منكم، فصامه وأمر بصيامه(٥) .

---

(١) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٩.

(٢) راجع إرشاد الفحول ص٢١١، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٨٨، المستصفى جـ١ ص٢٤٦، البرهان لإمام الحرمين جـ١ ص٢٠٩.

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص٢٦٠.

(٤) جزء من الآية ١٤ من سورة طه..

(٥) هذا الحديث رواه مسلم فى صحيحه من طريق ابن عباس، راجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٣ ص١٨٨ كتاب الصوم باب صوم يوم عاشوراء.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ صام يوم عاشوراء بناءً على صيام اليهود له، ولولا أنه متعبد بشرع من قبله ما صامه، ولا أمر بصيامه، فثبت أن شرع من قبلنا شرع لنا وهو المطلوب(١).

اعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث لا حجة لهم فيه، لان النبي ﷺ قد أمر بصيامه، ولولا أن الله تعالى أمره بصيامه ما اتبع اليهود فى ذلك، وقد صح انه كان يوماً تصومه قريش فى الجاهلية، فصامه عليه السلام.

ويمكن أن يقال إن الرسول ﷺ صام يوم عاشوراء قبل أن يفرض رمضان، فلما فرض نسخ صيام يوم عاشوراء بصيام رمضان(٢).

دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب على تعبد النبي ﷺ وأمته بشرع من قبلنا بأدلة من الإجماع هاك بعضاً منها:

١- أجمع العلماء على استدلالهم بقوله تعالى: "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس(٣) " على وجوب القصاص فى ديننا ولولا أنه متعبد بشرع من قبله لما صح الاحتجاج بكون القصاص واجباً فى دين بنى إسرائيل على كونه واجباً فى دينه.

---

(١) راجع الأحكام لابن حزم جـ٥ ص٧٣٦، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٥.
(٢) راجع المرجعين السابقين.
(٣) سورة المائدة الآية ٤٥.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أوجب وفرض القصاص على بنى إسرائيل فى التوراة، ويؤيد هذا ما جاء فى تفسير الآية إن الله تعالى سوى بين النفس والنفس فى التوراة، فخالفوا ذلك فضلوا، فكانت دية النضيرى أكثر، وكان النضيرى لا يقتل بالقرظى، ويقتل به القرظى، فلما جاء الإسلام حكم بالاستواء، فقالت بنوا النضير: قد حططت منا، فنزلت هذه الآية، ولولا أننا متعبدون بشرع من قبلنا، لما صح الاستدلال بالآية على وجوه فى دين بنى إسرائيل على وجوبه فى ديننا، فثبت بهذا الدليل أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ(١).

أدلتهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب على ما ذهبوا إليه من كون النبى ﷺ وأمته متعبدين بشرع من قبلنا بأدلة من المعقول هاك بعضاً منها:

١- إن الأصل فى كل شرع البقاء والعمل به ما لم ينسخ، لأن ما ثبت شريعة لرسول فقد ثبتت الحقية فيه، لكونه مرضياً عند الله تعالى، وبعث الرسول لبيان ما هو مرضى عند الله تعالى، وما علم كونه مرضياً قبل بعث رسول آخر لا يخرج من أن يكون مرضياً ببعث رسول آخر، وإذا بقى مرضياً كان معمولاً به، كما

(١) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص٢٨٧، تيسير التحرير جـ٣ ص ١٣١، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٥، أصول السرخسى جـ٢ ص١٠٠، تفسير القرطبى جـ٣ ص٢٢٨٦، حاشية العطار مع هامش الشربينى جـ٢ ص٣٩٤.

كان قبل بعث الرسول الثانى، لأن الأصل هو الموافقة فى شرائع الرسل، إلا إذا تبين تغيير حكم بدليل النسخ.

٢- قد ثبت بالدليل أن النبى ﷺ تعبد بشرع من قبله قبل البعثة، والأصل بقاء ما كان على ما كان بعد البعثة استصحابا حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، ولا دليل، إذا ثبت تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله بعد البعثة، وكذلك أمته، لأن ما كان واجباً فى حقه كان واجباً فى حقنا.

٣- إن شرع من قبلنا حكم الله تعالى، فيلزم المكلفين الذين وجدوا فى زمن الخطاب وبعده ما لم يظهر ناسخ يرفعه(١).

ب- أدلة المذهب الثانى:

استدل أصحاب هذا المذهب علىعدم تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلنا بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول هاك بيانها:

دليلهم من الكتاب: استدلوا بأدلة من الكتاب هاك بيانها:

١- قوله تعالى "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا(٢) " أى لكل أمة جعلنا منكم أيها الناس شرعة، أى شريعة وطريقة ظاهرة، ومنهاجاً أى طريقاً واضحاً، ومعنى الآية، إن الله تعالى جعل التوراة لأهلها، والإنجيل لأهله، والقرآن لأهله، وهذا فى الشرائع والعبادات، والأصل التوحيد لا اختلاف فيه، وقيل: الشرعة والمنهاج دين محمد ﷺ، وقد نسخ به كل ما سواه.

---

(١) راجع المراجع السابقة، كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٣.

(٢) سورة المائدة الآية ٤٨.

وجه الدلالة:

أن اللـه تعـالى صـرح بأنـه جعل لكل أمـة شـريعة، وهـذا يقتضى أن يكون لكل نبـى شـريعة خاصـة يدعـو إليهـا أمتـه، فـلا يكون من بعده متعبداً بشريعته، وإلا لما كانت مختصة بهـم، وهـذا لأن بعثة الرسول ليست إلا لتبيان ما بالناس حاجة إلى البيان، فـإذا لم نجعل شريعة رسول منتهية ببعثة رسول آخر، ولم يأت بشـرع مستأنف، لم يكن بالناس حاجة إلى البيان بعد الرسول الثـانى، فلم يكن فى بعثه فائدة، فثبت أن الأصل فـى كـل شـريعة اختصاصـها بأمة بعث إليها النبى بها(١).

اعترض على ذلك:

يقول القرطبى فى تفسيره بعد ذكر الآية السابقة التى استدل بها أصحاب هذا المذهب: وهذا لا حجة فيه، لأنه يحتمل التقييد إلا فيما قص عليكم من الأخبار عنهم مما لـم يـأت فـى كتـابكم، وأرى أن هذا الدليل يوافق قول بعض القدرية القائل بأن الرسول ﷺ إذا لم يجدد أ مراً فلا فائدة فى إرساله، فهم يعللون أحكـام اللـه تعـالى برعاية المصالح، وهذا باطل، لأن الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم بما يريد(٢) .

ثانياً: أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب على دعواهم بالسنة ومن ذلـك مايلى:

---

(١) كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٤، روضـة النـاظر وشـرحها جـ١ ص٤٠٠، أصول السرخسى جـ٢ ص١٠١.

(٢) راجع تفسير القرطبى جـ٣ ص٢٥٥٨.

١- فقد روى عن النبى ﷺ أنه لما بعث معاذاً- رضى الله عنه- إلى اليمن قال له: كيف تقضى؟ قال اقضى بما فى كتاب الله، قال فإن لم يكن فى كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم يكن فى سنة رسول الله؟ قال: اجتهد رأيى، قال: الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله ﷺ لما يحبه الله ورسوله(١) .

وجه الدلالة:

أن معاذاً- رضى الله عنه- ذكر اجتهاده للنبى ﷺ، ولم يذكر رجوعه إلى شرع من قبلنا، إذا لم يجد دليلا من كتاب أو سنة، وأقره النبي ﷺ على ذلك وصوبه ودعا له، فلو كانت شرائع من قبلنا مدركاً من مدارك الأحكام الشرعية، لجرت مجرى الكتاب والسنة فى وجوب الرجوع إليها، ولما جاز العدول عنها إلى الاجتهاد بالرأى إلا بعد البحث عنها واليأس من معرفتها، ولذكرها معاذ- رضى الله عنه- قبل أن يذكر اجتهاده، واللازمان منتفيان، أى وجوب الرجوع، وعدم العدول عنها فثبت أنها ليست بشرع لنا(٢) .

وفى هذا المعنى يقول الإمام الغزالى رحمه الله: إنهﷺ لما بعث معاذاً إلى اليمن قال له: بم تحكم؟ قال بالكتاب والسنة والاجتهاد، ولم يذكر التوراة والإنجيل وشرع من قبلنا، فزكاه رسول الله ﷺ وصوبه، ولو كان ذلك من مدارك الأحكام لما جاز العدول إلى الاجتهاد إلا بعد العجز عنه(٣) .

---

(١) راجع سنن الترمذى جـ٦ ص٦٩ باب حدثنا هناد ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، مسند أحمد جـ٥ ص٢٣٠ ط المكتب الإسلامى، سنن أبى داود جـ٣ ص٣٠٣ باب اجتهاد الرأى الناشر دار إحياء السنة النبوية.

(٢) الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٠ وما بعدها، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص٤٠٠، المحصول جـ١ ص٢٢٢، المعتمد جـ٢ ص٣٣٩، مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص٢٨٧، تيسير التحرير جـ٣ ص١٣١، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٥.

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص٢٥١.

اعترض على ذلك:

بأنا لا نسلم أنه لوكان النبى ﷺ متعبداً بشرع من قبلنا لذكره معاذ، لاحتمال أنه إنما تركه لأن الكتاب يشمله، وهو قد قال أقضى بكتاب الله تعالى، فإن الكتاب يشتمل جميع الكتب، فإنه كما يطلق على القرآن الكريم يطلق على التوراة والإنجيل، فإذا كان الكتاب شاملاً له، أغنى ذكر الكتاب عن ذكر شرع من قبلنا.

أو أن معاذاً- رضى الله عنه- لم يذكر شرع من قبلنا، واكتفى بذكر معظم الأدلة، وهى الكتاب والسنة والاجتهاد، لأن الأحكام المأخوذة من شرع من قبلنا قليلة الوقوع.

وإنما ذهب المجوزون للتعبد إلى هذا التأويل جمعاً بين الأدلة الدالة عى كونه متعبداً بشرع من قبله، والأدلة الدالة على عدم كونه ﷺ متعبداً بشرع من قبله[1] .

أجيب عن ذلك:

بأن معاذاً- رضى الله عنه- لم يذكرهما، لأن ما فيهما ليس شرعاً لنا لقوله تعالى "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا"[2] ، ثم إن فى الكتاب والسنة ما يدل على القياس، فلماذا ذكر الاجتهاد؟ إذ كان ينبغى أن يقتصر على ذكر الكتاب، فإن شرع فى التفصيل كانت الشريعة السابقة أهم مذكوره أما قولكم: اندرجت التوراة

---

(1) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص٢٨٧، تيسير التحرير جـ٣ ص١٣١، فواتح الرحموت وشرحه جـ١ ص١٨٥، تحقيق الجزء الأخير من السراج الهندى على بديع النظام لابن الساعاتى، رسالتنا لنيل درجة التخصص الماجستير ص٧٤ وما بعدها.

(2) سورة المائدة الآية ٤٨.

والانجيل تحت الكتاب، فإنه اسم يعم كل كتاب. قلنا: إذا ذكر الكتاب لم يسبق إلى فهم المسلمين شئ سوى القرآن، وكيف يفهم غيره ولم يعهد من معاذ قط تعلم التوراة والانجيل والعناية بتمييز المحرف عن غيره كما عهد منه تعلم القرآن، ولو وجب ذلك لتعلمه جميع الصحابة، لأنه كتاب منزل لم ينسخ إلا بعضه، وهو مدرك لبعض الأحكام.

وقد طالع عمر بن الخطاب- رضى الله عنه- صحيفة من التوراة، فغضب رسول الله ﷺ وقال: "لامتهوكون أنتم كما تهوكت اليهود والنصارى، وأنه لو كان موسى حيا لما وسعه إلا اتباعى(١)، فدل على كون من قبله بمنزلة أمته فى لزوم اتباع شريعته لو كانوا أحياءً، فدل هذا على أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا، وإنما كل شريعة مختصة برسول(٢).

واستدلوا ايضاً: بما رواه جابر بن عبد الله -رضى الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: "أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلى كان كل نبى يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى كل أحمر وأسود(٣)".

وجه الدلالة:

فقد دل الحديث على أن كل رسول كان يبعث إلى أقوام مخصوصين، وأن كل شريعة جاءت بما تحتاجه الأمة المرسل

---

(١) راجع مسند أحمد جـ٣ ص٣٣٨، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد جـ١ ص١٧٣ وما بعدها ط القدسى بالقاهرة باب ليس لأحد قول مع رسول الله ﷺ.

(٢) راجع المستصفى جـ١ ص٢٥١، روضة الناظر وشرحها جـ٢ ص٤٠١، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٥.

(٣) هذا الحديث رواه أحمد فى مسنده والترمذى فى سننه من حديث مطول راجع مسند أحمد جـ٥ ص١٤٥، سنن الترمذى جـ٥ ص٣٩٣ حديث رقم ٣٢٧٦.

إليها رسولها، ولو لم يكن كذلك، لما كان هناك حاجة إلى بعث الرسل، ولا إلى التشريعات التى يرسل بها، لعدم الفائدة، وحينئذ يكون إرسال الرسل عبثاً، والعبث على الله تعالى محال، فثبت أن شريعة كل نبى كانت خاصة به(١).

وفى هذا المعنى يقول ابن حزم: هذا الحديث يكفى من كل شغب موه به المبطلون، ويبين أن كل نبى قبل نبينا ﷺ إنما بعث إلى قومه خاصة، وإذا كان ذلك صح بيقين أن غير قومه لم يلزموا بشريعة نبى غير نبيهم، فصح بهذا يقيناً أنه لم يبعث إلينا أحد من الأنبياء غير محمد ﷺ ومن ألزمنا شرائع الأنبياء قبلنا، فقد أبطل فضيلة النبى ﷺ، وأكذبه فى إخباره أنه لم يبعث نبى إلا إلى قومه خاصة، حاشا، لأن خصومنا يريدون منا اتباع شرائع من قبلنا، فيوجبون بذلك أنهم مبعوثون إلينا، وبهذا سقط عنا طلب شرائعهم، وإذا سقط عنا طلبها، فقد سقط عنا حكمها، إذ لا سبيل إلى التزام حكم شئ إلا بعد معرفته، ولا سبيل إلى معرفته إلا بعد طلبه(٢).

أجيب عن ذلك:

بما أجيب به عن الدليل الأول من السنة، فارجع إليه إذ لا داعى لتكراره.

(١) راجع الأحكام لابن حزم جـ٥ ص٧٣٨، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ عبد الحميد أبى المكارم ص٣٢٤، كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٣ ص٢١٤.
(٢) راجع الأحكام لابن حزم جـ٥ ص٧٣٨ وما بعدها.

دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب على عدم تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلهم بالإجماع هاك بيانه:

١- أجمع المسلمون قاطبة على أن شريعة نبينا ﷺ ناسخة لشريعة من تقدم، فلا يكون متعبداً بها، لأن المنسوخ لا يتعبد به، ولو كان متعبداً بشئ منها، لما كانت شريعته ناسخة له، ولو كان النبى ﷺ متعبداً بها لكان مخبراً لا شارعاً، ولكان صاحب نقل لا صاحب شرع.

أجيب عن ذلك:

بأن معنى كون شريعتنا ناسخة للشرائع السابقة أنها ناسخة لما يخالفها، فإنها غير ناسخة لجميع الأحكام قطعاً، وإلا وجب نسخ وجوب الإيمان وحرمة الكفر، لثبوتهما فى تلك الشرائع، وهما غير منسوخين بالإجماع، لأن الإجماع منعقد على أن وجوب الايمان وحرمة الكفر من أحكام الشرائع السابقة ولا يجوز نسخهما(١).

دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب على مدعاهم من المعقول بمايأتى:

١- لو كان النبى ﷺ متعبداً بشرع من قبله بعد البعثة، وكذلك أمته، لافترض تعلمه على الأمة على الكفاية، كما افترض تعلم

(١) راجع هذا الدليل وما أجيب به فى مختصر ابن الحاجب وشرحه جـ٢ ص٢٨٧، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٣، المستصفى جـ١ ص٢٥٥، تيسير التحرير جـ٣ ص١٣١، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٥.

القرآن والأخبار على الكفاية، ولوجبت المراجعة إلى شرع من تقدم في الكتب السالفة، والبحث عنه على النبي ﷺ وعلى الصحابة بعده بالسؤال عن ناقليها بسؤالهم عن الأحاديث النبوية والوقائع المختلف فيها فيما بينهم، كمسألة الحد والعول، وبيع أم الولد، والمفوضة، وحد الشرب وغير ذلك، واللازم باطل، لعدم فرضية تعلم شرع من قبله على النبي ﷺ وأمته بالاتفاق(١) .

اعترض على ذلك:

لا نسلم لكم أنه ﷺ لو كان متعبداً بشرع من قبله لكان تعلم هذه الشرائع من فروض الكفايات، وإنما يلزم ذلك لو كان العلم به متوقفاً على ذلك، وليس كذلك، لأن المعتبر من شرع من قبلنا ما ثبت بالتواتر أو الوحي، ولا نسلم عدم مراجعة النبي ﷺ لها، بل نقل عنه مراجعة التوراة في الرجم لليهود يبين اللذين زنيا، وقد سبق الحديث الدال على المراجعة، وما لم يراجع فيه شرع من تقدم، إما لأن تلك الشرائع لم تكن مبينة له، أو لأنه ما كان متعبداً باتباع الشريعة السالفة إلا بطريق الوحي، ولم يوح إليه به، وأما عدم بحث الصحابة عنها، فإنما كان لأن ما تواتر منها كان معلوماً لهم غير محتاج إلى بحث عنه، وما كان منقولاً منها على لسان الآحاد من الكفار لم يكونوا متعبدين به(٢) .

---

(١) راجع المستصفى جـ١ ص٢٥٣، المحصول جـ٢ ص٥٢٠، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩١.

(٢) راجع تيسير التحرير جـ٣ ص١٣١، مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص٢٨٧، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٢، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص١٨٥.

جـ- أدلة المذهب الثالث:

استدل أصحاب هذا المذهب على مذهبهم القائل بالتوقف بمايأتى:

١- إن الأدلة الدالة على التعبد معارضة لأدلة القائلين بعدم التعبد، وليس التمسك بالبعض منها أولى من البعض، فوجب التوقف.

أجيب عن ذلك:

لا نسلم لكم تعارض الأدلة، لأن أدلة القائلين بالمنع لا تقوى على أن تكون معارضة مع أدلة القائلين بالجواز، لأننا رددنا على كل دليل من هذه الأدلة وبينا ضعفها(٢) .

وبعد عرض أقوال العلماء، وأدلة كل فريق على تعبد النبى ﷺ وأمته بشرع من قبلهم بعد البعثة وعدمه، يتبين لى أن شرع من قبلنا ليس فى حد ذاته دليلاً مستقلاً، بل هو راجع إلى الكتاب والسنة، ولا يعمل به إلا إذا قصه الله تعالى علينا، أو جاء على لسان رسول الله ﷺ من غير إنكار، ولم يرد فى شرعنا ما يدل على نسخه أو رفعه عنا، فيكون حينئذ شرعاً لنا، ويلزمنا العمل به، وهذا هو الراجح لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين لهم، والله تعالى أعلى وأعلم.

(٢) راجع الأحكام للآمدى جـ٤ ص٢٠٠ وما بعدها، إرشاد الفحول ص٢١١.

المبحث الخامس
"أثر خلاف العلماء فى الاحتجاج بشرع من قبلنا فى الفقه إسلامى"

تمهيـــــد:

لقد ترتب على خلاف العلماء فى الاحتجاج بشرع من قبلنا وعدمه خلافهم فى كثير من المسائل الفقهية، ونحن بدورنا نذكر بعض هذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر هاك بعضا منها:

المسألـة الأولـــــى
الأضحيـــة

وهى فى اللغة: اسم لما يضحى به أو لما يذبح أيام عيد الأضحى(١):

واصطلاحاً: هى ذبح حيوان مخصوص بنية القربة فى وقت مخصوص، أو هى ما يذبح من النعم تقرباً إلى الله تعالى فى أيام النحر(٢).

وهنا اختلف العلماء فى حكم الأضحية. هل هى واجبة أم هى سنة؟ وسبب اختلافهم قصة سيدنا إبراهيم- عليه السلام- عندما أمره الله تعالى بذبح ابنه إسماعيل عليه السلام، وعندما

(١) راجع مختار الصحاح ص٣٧٨، المصباح المنير جـ٢ ص٣٥٩، القاموس المحيط جـ٣ ص٣٥٦.

(٢) راجع تبيين الحقائق جـ٦ ص٢ ط دار المعرفة بيروت- لبنان، تكملة فتح القدير جـ٨ ص٥٠٥ ط البابى الحلبى بمصر.

امتثل سيدنا ابراهيم لأمر ربه، أنزل الله الفداء من السماء بقوله تعالى "وفديناه بذبح عظيم(١)".

وهذه القصة من شرع من قبلنا، فمن قال شرع من قبلنا شرع لنا، قال: الأضحية واجبة، ومن قال شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا قال: الأضحية سنة مؤكدة، وهاك هذين المذهبين، وأدلة كل مذهب مع بيان الراجح منهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من الشافعية، والمالكية والحنابلة، ومن الحنفية أبو يوسف ومحمد، ومروى عن أبى بكر، وعمر، وبلال، وإسحاق الأوزاعى، والثورى وغيرهم، وهم يرون أن الأضحية سنة مؤكدة، ويكره تركها للقادر عليها، ورخص الإمام مالك للحاج تركها بمنى(٢) .

المذهب الثانى:

وعليه الإمام أبو حنيفة، وزفر، والحسن بن زياد، وغيرهم، وهم يرون أن الأضحية واجبة فى كل عام على المقيمين من أهل الأمصار شكراً لنعمة الحياة، وإحياءً لميراث الخليل ابراهيم عليه

---

(١) سورة الصافات الآية ١٠٧.

(٢) راجع هذا المذهب فى الأم للشافعى جـ٢ ص٢٢١ ط دار المعرفة بيروت- لبنان، بداية المجتهد جـ١ ص٤٢٩ ط البابى الحلبى وأولاده بمصر، المجموع شرح المهذب جـ٨ ص٣٨٢ وما بعدها ط دار الفكر، المغنى لابن قدامة جـ٣ ص٥٨١ ط دار الكتاب العربى، مغنى المحتاج جـ٤ ص٢٨٢ ط البابى الحلبى وأولاده بمصر، قوانين الأحكام الفقهية ص١٩٦ ط دار الفكر، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٣ ص٥٩٥ ط دار الفكر.

السلام حين أمره الله تعالى بذبح الكبش فى هذه الأيـام، فـداءً عـن ولده، ومطية على الصراط، ومغفرة للذنوب وتكفيراً للخطايا(١) .

الأدلـــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بـأن الأضحيـة سـنة مؤكدة بالسنة والأثر والمعقول هاك بعضاً منها:

أولاً: أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما روى عن أم سلمة- رضى الله عنها- أن رسول اللـه ﷺ قـال "إذا رأيتم هـلال ذى الحجــة وارد احدكـم أن يضحـى فليمسك عن شعره وأظفاره(٢) .

وجه الدلالة:

فى هذا الحديث علق ﷺ الأضحية علـى الإرادة، والتعليـق بالإرادة ينافى الوجوب، فالأضحية غير واجبة.

٢- ما روى عن ابن عباس- رضى الله عنهما- أنه قال: سـمعت رسول الله ﷺ يقول ثلاث كتبت علـىَّ، ولـم تكتـب عليكم: الوتـر والضحى والأضحـى: وروى ثـلاث كتبـت علـىَّ، وهـى لكم سـنة وذكر ﷺ الأضحية(٣) "، والسنة غير الواجب فى العرف.

(١) راجع هذا المذهب فى بدائع الصنائع جـ٦ ص٢٨١٤ وما بعدهـا، تكملة فتح القدير جـ٩ ص٥٠٩، اللباب فى شرح الكتاب جـ٣ ص٢٣٢ط دار الحديث لبنان، تبيين الحقـائق جـ٦ ص٢، حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء جـ٣ ص٣٦٩ ط دار الحديثة لبنـان، فتح الغفار بشرح المنار جـ٢ ص١٣٩ ط الحلبى، تفسير القرطبى جـ٣ ص٣٦٧٥ ومـا بعدها.

(٢) هذا الحديث اخرجه مسلم فى صحيحه من طريق أم سلمة رضـى الله عنهـا راجـع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٤ ص٦٥٤ كتاب الأضـاحى- بـاب نهى مـن دخـل عليـه عشر ذى الحجة وهو مريد التضحية أن يأخذ من شعره وأظفاره شيئا.

(٣) هذا الحديث رواه الدارقطنـى فـى سننه وغيره من طريـق ابـن عبـاس راجـع سـنن الدارقطنى مع التعليق المغنى جـ٤ ص٢٨٢ كتـاب الصيـد والذبـائح، نصـب الرايـة جـ٤ ص٢٠٦ كتاب الأضحية، وفيه جابر الجعفى وهو ضـعيف.

ثانياً: أدلتهم من الأثر:

استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بمايلى:

١- أن أبا بكر وعمر- رضى الله عنهما- كانا لا يضحيان مخافة أن ترى الناس ذلك واجباً[١]، والأصل عدم الوجوب.

أجيب عن ذلك:

بأن سيدنا أبا بكر وعمر- رضى الله عنهما- كانا لا يضحيان لعدم غناهما، والغنى شرط الوجوب[٢].

٢- ما روى عن أبى مسعود الأنصارى- رضى الله عنه- أنه قال: قد أروح على ألف شاة وأضحى بواحدة مخافة أن يعتقد جارى أنها واجبة[٣].

أجيب عن ذلك:

بأن قول ابن مسعود لا يصلح معارضاً للكتاب والسنة، وسيأتى فى استدلال الحنفية بعد قليل، مع أنه يحتمل أنه كان عليه دين فخاف على جاره لو ضحى أن يعتقد الوجوب فى الأضحية مع قيام الدين، ويحتمل أنه أراد بالوجوب الفرض، إذ هو الواجب المطلق، فخاف على جاره اعتقاد الفرضية لو ضحى، فصان اعتقاده بترك الأضحية فلا يكون حجة مع قيام الاحتمال[٤].

ثالثاً: أدلتهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلى:

١- إنها لو كانت الأضحية واجبة، لكان لا فرق بين المقيم والمسافر، لأنهما لا يفترقان فى الحقوق المتعلقة بالمال، كالزكاة

---

(١) راجع سبل السلام جـ٤ ص٩٣.

(٢) راجع هذا الجواب فى بدائع الصنائع جـ٦ ص٢٨١٤ وما بعدها ط الإمام بالقاهرة.

(٣) راجع نصب الراية جـ٤ ص٢٠٧ الناشر المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

(٤) راجع المرجع السابق فى رقم ١

وصدقة الفطر، والأضحية لا تجب على المسافر، فلا تجب على المقيم(١) .

أجيب عن ذلك:

بأن الاستدلال بالمسافر غير سديد، لأن فيه ضرورة لا توجد فى حق المقيم(٢) .

استدل أصحاب المذهب الثانى القائل بأن الأضحية واجبة بالكتاب والسنة هاك بعضاً منها:

أولاً: أدلتهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة كثيرة من الكتاب الكريم منها مايلى:

ا- قوله تعالى "قل إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين: لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين(٣) ".

وجه الدلالة:

إن المراد بالنسك فى الآية الكريمة الأضحية، وقد أضافها الله تعالى له، وأمر بها سيدنا إبراهيم- عليه السلام-، والأمر فى شرعه أمر فى شرعنا، ويؤيد ذلك الآية التى قبلها، وهى قوله

---

(١) راجع أدلة المذهب الأول فى المجموع شرح المهذب جـ٨ ص٣٨٢ ومابعدها، بداية المجتهد جـ١ ص٤٢٩، الأم للشافعى جـ٢ ص٢٢١، المغنى لابن قدامة جـ٣ ص٥٨١، مغنى المحتاج جـ٤ ص٢٨٢، قوانين الأحكام الفقهية ص١٦٦، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٣ ص٥٩٥ ومابعدها.
(٢) راجع هذا الجواب فى بدائع الصنائع جـ٦ ص٢٨١٤ وما بعدها.
(٣) سورة الأنعام الآيتان ١٦٢، ١٦٣.

تعالى" قل إننى هدانى ربى إلى صراط مستقيم ديناً قيماً ملة إبراهيم حنيفا وما كان من المشركين(١) ".

ويؤيده ما رواه عمران بن حصين، قال: قال رسول الله ﷺ: "يا فاطمة قومى فاشهدى أضحيتك، فإنه يغفر لك فى أول قطرة من دمها كل ذنب عملتيه، ثم قولى إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين".

قال عمران: يا رسول الله هذا لك ولأهل بيتك خاصة أم للمسلمين عامة؟ قال: بل للمسلمين عامة(٢) ".

٢- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى "فصل لربك وانحر(٣) .

وجه الدلالة:

قيل فى تفسير الآية: صل صلاة العيد وانحر البدن بعدها، وقيل: صل صلاة بجمع وانحر، ومطلق الأمر للوجوب فى حق العمل، ومتى وجب على النبى ﷺ وجب على الأمة، لأنه قدوة لأمته.

أجيب عن ذلك:

بأنه قد فسر النحر فى الآية بوضع الكف على النحر فى الصلاة، ولو سلم ذلك، فيه دلالة على أن النحر بعد الصلاة، فهى

(١) سورة الأنعام الآية ١٦١.

(٢) هذا الحديث رواه البيهقى فى سننه وغيره من طريق عمران بن حصيص وعلى بن أبى طالب: راجع السنن الكبرى للبيهقى جـ٩ ص٢٨٣، مجمع الزوائد للهيثمى جـ٤ ص١٧، الفردوس بمأثور الخطاب للديلمى جـ٥ ص٤٣٣ حديث رقم ٨٦٥٥.

(٣) سورة الكوثر الآية [٢]

تعيين لوقته، لو لوجوبه، كأنه يقول: إذا نحرت فبعد الصلاة، فقد روى أن النبى ﷺ كان ينحر قبل الصلاة، فأمر أن يصلى ثم ينحر.

ثانياً: أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة من السنة منها ما يلى:

١- قوله ﷺ "من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا(١)"

وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد توعد من لم يضح بعدم قربان الصلاة كأنه يقول: لا فائدة فى الصلاة، مع ترك هذا الواجب، وهذا الوعيد لا يكون لغير الواجب، فالأضحية واجبة. فضلاً عن ذلك، فإن الأضحية قربة يضاف إليها وقتها، يقال: يوم الأضحى، وذلك يؤذن بالوجوب، لأن الإضافة للاختصاص، والاختصاص بوجود الأضحية فيه، والوجوب هو المفضى للوجود الظاهر بالنسبة لمجموع الناس.

---

(١) هذا الحديث رواه الشوكانى وغيره من طريق أبى هريرة. راجع نيل الأوطار جـ٥ ص١٠٥ ط البابى الحلبى وأولاده بمصر، سبل السلام جـ٤ ص٩١ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث موقوف، فلا حجة فيه، أو هو محمول على تأكيد الاستحباب، كغسل الجمعة.

٢- واستدلوا أيضاً بما روى عن النبى ﷺ انه قال "ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم[١] ".

وجه الدلالة:

أمر النبى ﷺ بالأضحية، والأمر المطلق عن القرينة يقتضى الوجوب فى حق العمل.

٣- واستدلوا أيضاً بما روى عن النبى ﷺ أنه قال "على أهل كل بيت فى كل عام أضحية[٢] .

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث قد دل بلفظه على الوجوب، فالأضحية واجبة.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث ضعيف، لأن فيه أبا رمله، وهومجهول، فلا يصح الاحتجاج به.

(١) هذا الحديث رواه ابن ماجة فى سننه من طريق زيد بن أرقم: راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص١٠٤٥ كتاب الأضاحى باب ثواب الأضحية حديث رقم ٣١٢٧ ط دار الفكر.

(٢) هذا الحديث رواه الترمذى وأبو داود من طريق محنف بن سليم: راجع سنن الترمذى جـ٤ ص ٩٩ كتاب الأضاحى حديث رقم ١٥١٨ وقال عنه حديث غريب ولا يعرف إلا من هذا الوجه، سنن أبى داود جـ٣ ص ٩٣ كتاب الأضاحى باب إيجاب الأضاحى.

٤- واستدلوا أيضاً بما روى عن النبى ﷺ أنه قال" من ذبح قبل الصلاة، فليعد أضحيته، ومن لم يذبح فليذبح على اسم الله(١) ".

وجه الدلالة: أن النبى ﷺ أمر بذبح الأضحية، وإعادتها إذا ذبحت قبل الصلاة، فكان ذلك دليلاً على الوجوب، ولأن إراقة الدم قربة، والوجوب هو القربة فى القربات.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث فيه بيان لوقت الأضحية من بعد صلاة العيد، فلا تجزئ قبله، وليس فيه دلالة على الوجوب(٢) .

هذا: وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل فريق، يتضح لنا أن الراجح هو الرأى القائل: بأن الأضحية سنة مؤكدة، لا يجوز تركها للقادر عليها، وليست واجبة، لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين لهم.

---

(١) هذا الحديث رواه الصنعانى فى سبله من طريق جندب بن سفيان، راجع سبل السلام جـ٤ ص٩٢ باب الأضاحى وقال متفق عليه.

(٢) راجع مذهب الحنفية وما أجيب به فى تكملة فتح القدير جـ٩ ص٥٠٩، بدائع الصنائع جـ٦ ص٢٨١٤ ومابعدها، حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء جـ٣ ص٣٦٩، اللباب فى شرح الكتاب جـ٣ ص٢٣٢، تبيين الحقائق جـ٦ ص٢، فتح الغفار بشرح المنار جـ٢ ص١٣٩، الأم للشافعى جـ٢ ص٢٢١، تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص١٩٨، تفسير القرطبى جـ٣ ص٣٦٧٥، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام جـ٤ ص٩١ وما بعدها.

المسألة الثانية

فى "من نذر أن يذبح ولده أو ينحره ماذا يجب عليه؟

فمن قال: إن فعلت كذا، لله علىَّ أن أذبح ولدى. أو قال: ولدى نحير إن فعلت كذا. أو نذر ذبح ولده مطلقاً غير معلق بشرط معين.

وبالتالى فلا يجوز الوفاء بالنذر إجماعاً، لأن قتل النفس بغير حق حرام فى جميع الشرائع، فضلاً عن أن يكون ولد الإنسان وفلذة كبده، وهذا هو نذر المعصية المنهى عنه بقوله ﷺ "لا نذر فى معصية الله(١)" إلا أن الفقهاء أوجبوا عليه ما يكفر به عن نذره، إلا أنهم اختلفوا فى ذلك. وسبب اختلافهم: قصة سيدنا إبراهيم عليه السلام أعنى ما تقرب به إبراهيم عليه السلام عندما رأى فى المنام أن يذبح ابنه اسماعيل عليه السلام، وأمره الله تعالى أن يذبح شاه، فهل هذا لازم للمسلمين أم ليس بلازم، فمن رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم عليه السلام، قال لا يلزم، ومن قال شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، قال يلزمنا. إذا تقرر هذا فقد اختلف الفقهاء فى وجوب الكفارة على الناذر وذلك على ثلاثة مذاهب هاك بيانها:

(١) هذا الحديث رواه الترمذى وابو داود وابن ماجة من طريق عائشة رضى الله عنها. راجع سنن الترمذى جـ٤ ص١٠٣ كتاب الأيمان والندور باب لا نذر فى معصية، سنن ابن ماجة جـ١ ص٦٨٦ كتاب الأيمان والنذور، سنن أبى داود جـ٣ ص ٢٣٢ كتاب الأيمان والنذور باب النذر فى المعصية

المذهب الأول:

وعليه مالك، وأبو حنيفة، ونقل عن الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما، وهم يرون أن من نذر ذبح ابنه، عليه أن يذبح شاه ويطعمها للمساكين(١).

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أحمد فى الرواية الثانية عنه، ونسب لبعض الحنفية، وهم يرون أن من نذر أن يذبح ابنه، وجب عليه كفاره يمين، لا فعل المعصية(٢) .

المذهب الثالث:

وعليه الشافعى، وأبو يوسف وزفر من الحنفية، وهم يرون أن من نذر ذبح ابنه أو نحره، لا شئ عليه، لأنه نذر معصية، ولا يجب الوفاء به، ولا يجوز ولا تجب به كفارة، لأن النذر ليس بيمين، وأن من نذر أن يطيع الله تعالى أطاعه، ومن نذر أن يعصى الله لم يعصه ولم يكفر(٣) .

(١) راجع بداية المجتهد جـ١ ص٤٢٧، حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٣٧٩ ط البابى الحلبى وأولاده بمصر، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٢١٥، القوانين الفقهية ص١٦٨.

(٢) راجع المغنى لابن قدامه جـ١١ ص٢١٥ وما بعدها، فتح القدير جـ٤ ص٢٦، بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام جـ٤ ص١١٢.

(٣) راجع الأم للشافعى جـ٢ ص٢٥٥، تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص١٩٨ وما بعدها، فتح الغفار بشرح المنار جـ٢ ص١٣٩.

الأدلـــــــــة

استدل اصحاب المذهب الأول القائل بأن من نذر ذبح ابنـه عليه أن يذبح شاه ويطعمها للمساكين من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى: "وفديناه بذبح عظيم(١) ".

وجه الدلالة:

أن الله عز وجل فدى سيدنا إسماعيل عليه السلام حين أمر أباه ابراهيم- عليه السلام- بأن يذبح ولده اسماعيل حين بلـغ معه السعى قال له "يا بنى إنى أرى فى المنام أنـى أذبحك فـأنظر مـاذا ترى قال يا أبت افعل ما تؤمر ستجدنى إن شاء الله من الصابرين فلما أسلما وتله للجبين وناديناه أن يا ابراهيم قد صدقت الرؤيـا إنـا كذلك نجزى المحسنين إن هذا لهو البلاء المبين وفدينـاه بذبـح عظيم(٢) "، وكان الفداء بذبح شاة، وهذا الحكم وإن كان فى شرع من قبلنا إلا أنه لم ينسخ فى شرعنا، فدل ذلك على أن شرع من قبلنا يكون حجة لنا، لأن الله تعالى لا يأمر بالفحشاء ولا بالمعاصى، وذبح الولد من الكبائر والمعاصى، قال تعالى "ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق(٣) " وقال النبىﷺ أكبر الكبائر أن تجعل لله نداً وهو خلقك، قيل: ثم أى؟ قال: أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك(٤) ".

---

(١) سورة الصافات الآية ١٠٧.

(٢) سورة الصافات الآيات من ١٠٢- ١٠٧.

(٣) سورة الإسراء الآية ٣١.

(٤) هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحيهما راجع صحيح البخارى جـ٧ ص٣٥٤ كتاب التفسير، صحيح مسلم بشرح النووى جـ٢ ص٨٠ باب أعظم الذنوب بعد الشرك.

وفى هذا المعنى يقول ابن عابدين: فإن الله تعالى أوجب على الخليل إبراهيم عليه السلام ذبح ولده، وأمره بذبح الشاه، حيث قال تعالى "قد صدقت الرويا(١) "، فيكون كذلك فى شريعتنا، لأن الله تعالى أمرنا بإتباع شريعة إبراهيم عليه السلام فى قوله تعالى "ثم أوحينا إليك أن أتبع ملة إبراهيم حنيفا(٢) "، فدل هذا على أن شرع من قبلنا هو شرع لنا ما لم يرد ناسخ، ولا ناسخ هنا(٣) .

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن من نذر ذبح ابنه وجب عليه كفارة يمين بالسنة والأثر هاك بيان هذه الأدلة.

أولاً: دليهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١-ما رواه عمران بن حصين عن النبى ﷺ أنه قال "لا نذر فى معصية، وكفارته كفارة يمين(٤) "، وبما رواه أبو هريرة عن النبى ﷺ أنه قال "النذر يمين وكفارته كفارة يمين(٥) .

(١) سورة الصافات الآية ١٠٥.
(٢) سورة النحل الآية ١٢٣
(٣) راجع بداية المجتهد جـ١ ص٤٢٧، حاشية ابن عابدين جـ٣ ص٣٧٩، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٢١٥.
(٤) سبق تخريج الحديث.
(٥) هذا الحديث رواه السيوطى من طريق عقبة بن عامر وعزاه الطبرانى فى الكبير عن عقبه بن عامر ورمز له بالصحة راجع الجامع الصغير للسيوطى جـ٢ ص١٨٩.

وجه الدلالة:

أن النذر حكمه حكم اليمين، فكفارته كفارة يمين، فيكون بمنزلة من حلف ليذبحن ولده، ولا يقال: إن النذر لذبح الولد كناية عن ذبح كبش، لأن إبراهيم لو كان مأموراً بذبح كبش، لم يكن الكبش فداءً، ولا كان ابراهيم مصدقا للرؤيا قبل ذبح الكبش، وإنما أمر بذبح ابنه ابتلاءً، ثم فدى بالكبش، وهذا أمر اختص بإبراهيم عليه السلام، لا يتعداه إلى غيره، لحكمة علمها الله تعالى فيه، ثم كان ابراهيم عليه السلام مأمورا بذبح كبش، فقد ورد شرعنا بخلافه، فإن نذر ذبح الابن ليس بقربة فى شرعنا ولا مباح، بل هو معصية، فيكون كفارته ككفارة سائر نذور المعاصى.

أجيب عن ذلك:

بأن الحديثين قال ابن عبد البر فيهما ضعف أهل الحديث حديث عمران، لأنه يدور على زهير بن محمد، وابوه مجهول، ولم يرو عنه غير ابنه، وزهير أيضاً عنده مناكير، وحديث أبى هريرة يدور على سليمان بن أرقم، وهو متروك الحديث، وأما قولكم كفارة النذر كفاة يمين، فهو محمول على نذر الغضب.

ثانياً- دليلهم من الأثر: استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بمايلى:

١-ما روى أن امرأة أتت إلى عبدالله بن عباس فقالت: إنى نذرت أن أنحر ابنى فقال ابن عباس: لا تنحرى ابنك وكفرى عن يمينك(١).

---

(١) هذا الأثر رواه الإمام مالك فى الموطأ: راجع المنتقى شرح الموطأ جـ٣ ص٢٤١ ط دار الكتاب العربى- بيروت- لبنان.

وجه الدلالة:

أن ابن عباس وهو صحابى وقولـه حجـة يجـب العمـل بـه، فقد أرشد من سأله عمن نذر ان ينحر ابنه بقولـه "لا تتحـرى ابنـك وكفرى عن يمينك، فجعل النذر كفارته ككفارة يمين(١) ".

استدل أصحاب المذهب الثالث على مذهبهم القائل بأن من نذر ذبح ابنه، أو نحره لا شئ عليه بالسنة هاك بيان دليلهم"

دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١-ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول اللهﷺ: "من نذر أن يطيع الله فليطعـه، ومـن نـذر أن يعصـى اللـه فـلا يعصـه(٢) .

وجه الدلالة:

فقد دل الحديث على أن من نذر معصيـة، فـلا يجـب عليـه شئ، ومن نذر نحر ولده أو ذبحه فهو معصية ولا شئ عليه(٣) .

هذا: وبعد أن ذكرنا مذاهب العلماء وأدلة كل فريق على ما ذهب إليه، أرى أن الرأى الراجح هو القائل بأنه تجب عليه كفـارة يمين، لقوة أدلته.

---

(١) راجع المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٢١٥ وما بعدها، وفتح القدير جـ٤ ص٢٦، بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام جـ٤ ص١١٢.

(٢) هذا الحديث رواه البخارى فى صحيحه وابو داود فى سننه من طريـق أبـى هريـرة راجع صحيح البخارى شرح فتح البارى جـ١١ ص٥٨٥ كتـاب الأيمـان والنـذور، سنن أبى داود جـ٣ ص٢٣٢ كتاب الأيمان باب ما جاء فى نذر المعصية حديث رقم ٣٢٨٩.

(٣) راجع الأم للشافعى جـ٢ ص٢٥٥، تخريج الفروع على الأصول للزنجـانى ص١٩٨ وما بعدها، فتح الغفار بشرح المنار جـ٢ ص١٣٩.

المسألة الثالثة

فى من حلف ليضربن زيداً مائة خشبة فضربه بالعثكال ونحوه فهل يبر فى يمينه أم لا؟

اختلف العلماء فى هذه المسألة على مذهبين، وسبب خلافهم يرجع إلى قصة سيدنا أيوب- عليه السلام- وزوجته التى حكاها الله تعالى فى القرآن الكريم بقوله تعالى: "وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث إنا وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب(١)" وكان سيدنا أيوب عليه السلام قد حلف فى مرضه أن يضرب امرأته مائة جلدة، وفى سبب ذلك أربعة أقوال:

أحدها: ما روى عن ابن عباس- رضى الله عنهما- قال: اتخذ إبليس تابوتاً فوقف على الطريق يداوى الناس، فأتته امرأة أيوب- عليه السلام- فقالت: يا عبد الله إن هاهنا إنساناً مبتلى، من أمره كذا وكذا، فهل لك أن تداويه؟ قال لها نعم على أنى إن شفيته يقول كلمة واحدة: أنت شفيتنى، لا أريد منه غيرها، فأخبرت بذلك أيوب- عليه السلام، فقال: ويحك ذلك الشيطان، لله علىَّ إن شفانى لأجلدنك مائة جلدة، فلما شفاه الله أمره أن يأخذ عثكالا فيضربها به، فأخذ شماريخ قدر مائة فضربها ضربة واحدة.

الثانى: ما حكاه سعيد بن المسيب، أنها جاءته بزيادة على ما كانت تأتيه من الخبز، فخاف خيانتها فحلف ليضربنها.

(١) سورة ص الآية ٤٤.

الثالث: ما حكاه يحيى بن سلام وغيره، أن الشيطان أغواها أن تحمل أيوب عليه السلام على أن يذبح سخلة تقربا إليه، وأنه يبرأ فذكرت ذلك له فحلف إن عوفى ليضربنها مائة.

الرابع: قيل باعت ذوائبها برغيفين، إذ لم تجد شيئا تحمله إلى أيوب، وكان أيوب عليه السلام يتعلق بها إذا أراد القيام، فلهذا حلف ليضربنها، فلما شفاه الله أمره أن يأخذ ضغثاً فيضرب به، فأخذ شماريخ قدر مائة فضربها ضربة واحدة، والضغث: قبضة حشيش مختلطة الرطب باليابس، وقيل: إثكال النخل الجامع بشماريخه وهو السعف أى ما صغر من أغصان النخل.

فهل هذا الحكم عام أو خاص بأيوب عليه السلام وحده؟ بمعنى أن شرع من قبلنا هل هو شرع لنا أو ليس بشرع لنا؟ فمن قال هذا الحكم عام للناس جميعاً، وشرع من قبلنا شرع لنا قال: من حلف ليضربن زيداً أو امرأته مائة خشبة أو جلدة، فضرب بالعثكال ونحوه يبر فى يمينه ولا يحنث.

ومن قال بأن هذا الحكم خاص بأيوب عليه السلام وحده، وأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا قال لايبر فى يمينه ويحنث.

والملاحظ هنا فى هذه المسألة أن الإمام الشافعى- رضى الله عنه- قد خالف مذهبه فى عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقال يبر فى يمينه ولا يحنث، والإمام مالك أيضاً قد خالف مذهبه فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقال لا يبر فى يمينه ويحنث. إذا تقرر هذا فقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعى، وأبو حنيفة، وهو مروى عن مجاهد وعطاء بن أبى رباح، وهم يرون أن من حلف ليضربن امرأته مائة جلدة، فضربها بالعثكال ونحوه، فإنه يبر فى يمينه ولا يحنث، بشرط أن تصيبه المائة.

وجاء هذا المعنى فى المهذب فقال: وإن حلف ليضربن عبده مائة سوط، فشد مائة سوط وضربه بها ضربة واحدة، فإن تيقن أنه أصابه بالمائة بر فى يمينه، لأنه ضربه مائة سوط، وإن تيقن أنه لم يصبه بالمائة لم يبر، لأنه ضربه دون المائة.

وجاء فى الفتاوى الهندية: رجل حلف بالله أن يضرب ابنته الصغيرة عشرين سوطاً، فإنه يضربها بعشرين شمراخاً، وهو السعف، وهو ما صغر من أغصان النخل(١).

المذهب الثانى:

وعليه مالك، وأحمد، وابن حزم، والمزنى، وأصحاب الرأى وغيرهم، وهم يرون أنه من حلف ليضربن زيداً أو امرأته مائة جلدة، فضرب بالعثكال، فإنه لا يبر فى يمينه ويحنث.

وجاء هذا المعنى فى الشرح الصغير، فقال: من حلف لأضربن فلاناً كذا أى عشرة أسواط، وضربه بالعشرة ضربة

(١) راجع هذا المذهب وما قيل فيه فى حلية العلماء جـ٧ ص٢٨٠ وما بعدها، البدائع جـ٣ ص٨٦، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٤ ص١٦٥٢، المهذب جـ٢ ص١٣٨ ط البابى الحلبى وأولاده بمصر، الفتاوى الهندية جـ٢ ص١٢٨ ط دار المعرفة بيروت- لبنان، تفسير القرطبى جـ١٥ ص٢١٢.

واحدة، والمعنى أنه لا يبر، واليمين باقية عليه، لأن الضرب بها مجموعة لا يؤلمه كالمفرقة(١) .

الأدلـــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم بالكتاب والسنة هاك بيانها:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١-قوله تعالى "وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث إنا وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب(٢) ".

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه أمر أيوب عليه السلام عندما حلف: ليجلدن امرأته مائة جلدة، بأن يأخذ ضغثا فيضرب به، فأخذ شماريخ قدر مائة فضربها ضربة واحدة وبر في يمينه.

وفى هذا المعنى يقول إمام الحرمين بعد ذكر هذه الآية، اتفق العلماء على أن هذه الآية معمول بها فى ملتنا، والسبب فيه أن الملل لا تختلف فى موجب الألفاظ(١) .

---

(١) راجع هذا المذهب فى الشرح الصغير جـ٢ ص٢٣٥ ط دار المعارف، المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٦١٣ وما بعدها، القوانين الفقهية ص١٦٤، المحلى لابن حزم جـ١١ ص١٧٥، تخريج الفروع على الأصول للإسنوى ص٤٤١.

(٢) سورة ص الآية رقم ٤٤.

(١) راجع تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص ١٩٨ وما بعدها.

أجيب عن ذلك:

بأن ما جاء فى قصة أيوب- عليه السلام- فأن الله تعالى رخص له رفقاً بامرأته، لبرها به وإحسانها إليه، ليجمع له بين بره فى يمينه ورفقه بامرأته، ولذلك امتن عليه بهذا، وذكره فى جملة ما من عليه به من معافاته إياه من بلائه، ولو كان الحكم عاماً لكل واحد، لما اختص أيوب بالمنة عليه.

وفى هذا المعنى يقول ابن العربى: وقصة أيوب هذه لم يصح كيفية يمين أيوب فيها، فإنه روى أنه قال إن شفانى الله جلدتك، وروى أنه قال: والله لأجلدنك، وهذه الروايات لا ينبنى عليها حكم، فلا فائدة فى النصب فيها، ولا فى إشكالها بسبيل التأويل، ولا طلب الجمع بينها وبين غيرها بجمع الدليل(٢) .

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١-ما رواه أبو داود فى سننه قال: حدثنا أحمد بن سعيد الهمدانى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: اخبرنى يونس عن ابن شهاب، قال: أخبرنى أبو أمامة بن سهل أنه أخبره بعض أصحاب النبى ﷺ من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى، فعاد جلده على عظم، فدخلت عليه جارية لبعضهم فهش لها، فوقع عليها فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك، وقال استفتوا لى رسول الله ﷺ فأنى قد وقعت على جارية دخلت علىَّ، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا ما

(٢) راجع أحكام القرآن للكريم لابن العربى جـ٤ ص١٦٥٢ وما بعدها.

رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذى هو به، لو حملناه إليك لتفسخت عظامه، ما هو إلا جلد على عظم فأمر رسول الله ﷺ أن يأخذوا له مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة(١) .

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ أمر من زنى وكان مريضاً أن يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ ضربة واحدة، ولولا أنه جائز ما فعله النبى ﷺ (٢) .

أجيب عن ذلك:

بأن كلامنا فى الصحيح الذى يطيق الحد، والحديث فى المريض الزانى، وهذا يقام عليه الحد بكيفية لا تؤدى إلى هلاكه غالباً، فافترقا، فالحديث لا دلالة فيه على ما تدعون.

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن من حلف: ليضربن زيداً أو امرأته مائة جلدة، فضرب بالعثكال ونحوه، فإنه لا يبر فى يمينه ويحنث، بالكتاب والمعقول هاك بيان هذه الأدلة.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً(٣) .

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود فى سننه من طريق سهل بن حنيف: لجع سنن أبى داود جـ٤ ص١٦١ كتاب الحدود باب فى إقامة الحد على المريض حديث رقم ٤٤٧٢.

(٢) راجع أدلة هذا المذهب فى المهذب جـ٢ ص١٣٨ وما بعدها، الفتاوى الهندية ـ٢ ص١٢٨ان حلية العلماء جـ٧ ص٢٨٠، تفسير القرطبى جـ٧ ص٢١٤، لأحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٤ ص١٦٥٢.

(٣) سورة المائدة الآية ٤٨.

وجه الدلالة:

إن الله تعالى جعل لكل نبى شريعة، وإن ما ورد على لسان أيوب عليه السلام وامرأته منسوخ بشريعتنا.

وفى هذا المعنى يقول ابن حزم: أما نحن فلا نحتج بشريعة غير شريعتنا(١).

أجيب عن ذلك:

بأنكم تقولون: بأن شرع من قبلنا شرع لنا، وقد قصه الله تعالى لنا فى كتابه العزيز، فلماذا انفردتم فى هذه المسألة؟

يقول ابن العربى: وإنما انفرد مالك فى هذه المسألة عن قصة أيوب هذه لا عن شريعته لتأويل بديع، وهو أن مجرى الإيمان عند مالك فى سبيل النية والقصد أولى، لأنها أصل الشريعة وعماد الأعمال وعيار التكليف(٢).

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن معنى يمينه: أن يضربه عشر ضربات، أو مائة ضربة، أو جلدة، ولم يضربه إلا ضربة واحدة، فلم يبر فى يمينه ويحنث، كما لو حلف ليضربنه عشر مرات بسوط، والدليل على هذا أنه لو ضربه عشر مرات بسوط واحد يبر فى يمينه بلا خلاف(٣).

هذا: وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول، أرى ترجيح مذهب الجمهور القائل بأنه يبر فى يمينه ولا يحنث لقوة أدلته.

---

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ١١ ص١٧٥.

(٢) راجع أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٤ ص١٦٥٢ وما بعدها.

(٣) راجع الشرح الصغير جـ٢ ص٢٣٥، القوانين الفقهية ص١٦٤، المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٤١٣ وما بعدها، تفسير القرطبى جـ ٧ ص٢١٣، المحلى لابن حزم جـ١١ ص١٧٥، تخريج الفروع على الأصول للإسنوى ص٤٤١.

المسألة الرابعة

فى "ضمان ما تفسده المواشى والدوآب المرسلة"

اختلف العلماء فى ضمان ما أفسدته المواشى والدوآب المرسلة، وسبب اختلافهم، الأخذ بشرع من قبلنا، فمن رأى أن شرع من قبلنا شرع لنا قال بالضمان، ومن قال ليس شرعاً لنا قال بعدم الضمان.

ويلاحظ هنا فى هذه المسألة أن الإمام الشافعى قد خالف مذهبه فى عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بالضمان، مستدلا عليه بشرع من قبلنا، وأن الإمام أبا حنيفة أيضا قد خالف مذهبه فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بعدم الضمان، وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على ثلاثة مذاهب هاك بيانها:

المذهب الأول:

وعليه الشافعى، ومالك- رضى الله عنهما-، وأكثر فقهاء الحجاز، والإمام أحمد، والهادوية وغيرهم، وهم يرون أن الدابة إذا اتلفت شيئا ليلاً فإن على صاحبها الضمان، وذلك لتعديه بإهمالها، وما أتلفته نهاراً لا ضمان على صاحبها، لإهمال المتعدى عليه فى حفظ ما تحت يده، إذ الواجب عليه أن يحفظ ما تحت يده ويرعاه نهاراً. غير أن المالكية يقيدون ذلك بما إذا سرحت فى مسارحها المعتادة للرعى، وأما إذا كانت فى أرض مزروعة لا مسرح فيها، فإنهم يضمنون ليلاً ونهاراً(١).

---

(١) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص٣٢٣ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٤٥٤، بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام جـ٣ ص٢٦٤.

المذهب الثانى:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه، وهم يرون أنه لا ضمان على أصحابها اصلاً: وفى هذا يقول صاحب الهداية: لو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً، لا ضمان على صاحبها. وذكر الطحاوى أن مذهب أبى حنيفة أنه لا ضمان إذا أرسلها مع حافظ، وأما إذا أرسلها من دون حافظ فإنه يضمن(١) .

المذهب الثالث:

وعليه الليث بن سعد، وهو يرى أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته، ليلاً كان ذلك أو نهاراً لكن بالأقل من قيمة الماشية(٢) .

الأدلـــــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايأتى:

١- قوله تعالى "وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين(٣) ".

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ٩ ص٤٤٩١، الهداية جـ٨ ص٣٥١، بلوغ المرام جـ٣ ص٢٦٤.

(٢) راجع المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٤٥٤، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٢٣ وما بعدها.

(٣) سورة الأنبياء الآية ٧٨.

وجه الدلالة:

إن النفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل، وعلى هذا فإن الضمان يكون واجباً على صاحب الدابة فى ما أتلفته ليلاً، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أننا مخاطبون بشرع من قبلنا.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايأتى:

١-ما روى عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشى ضامن على أهلها(١) .

وجه الدلالة:

أن هذا الحديث أفاد أن العادة من أصحاب المواشى إرسالها فى النهار للرعى، وحفظها ليلاً، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل، فإذا ذهبت ليلاً، كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها فى وقت عادة الحفظ، وإن أتلفت نهاراً، كان التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم، وقد فرق النبى ﷺ بينهما، وأن على كل إنسان الحفظ فى وقت عادته(٢) .

استدل أصحاب المذهب الثانى، وهم الحنفية على ما ذهبوا إليه بالسنة، هاك بيان هذا الدليل:

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود فى سننه والصنعانى فى سبله من طريق البراء بن عازب راجع سنن أبى داود جـ٣ ص٢٩٨ كتاب البيوع باب المواشى تفسد زرع قوم حديث رقم ٣٥٧٠، سبل جـ٣ ص٢٦٤ وقال ابن حجر رواه الأربعة إلا الترمذى وصححه ابن حبان وقال الشافعى أخذنا به لثبوته واتصاله ومعرفة رجاله (راجع شرح بلوغ المرام جـ٣ ص٢٦٤).

(٢) راجع أدلة هذا المذهب فى بداية المجتهدجـ٢ ص٣٢٤، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٤٥٤، شرح بلوغ المرام جـ٣ ص٢٦٤.

١- قوله ﷺ "العجماء جرحها جبار[١] ".

وجه الدلالة:

أن فعل العجماء هدر، لعدم إدراكها، فلا ضمان على ما أتلفته المواشي ليلاً، كما لا يضمن صاحبها نهاراً، كما لو أتلفت غير الزرع[٢] .

استدل أصحاب المذهب الثالث على مذهبهم بالمعقول، هاك بيان هذا الدليل:

١-إن الضمان واجب على المتعدى، وعلى هذا فصاحب الماشية يضمن ما أتلفته دآبتة لإرسالها وعدم الاهتمام بقيدها[٣] .

هذا وبعد ذكر أقوال العلماء وأدلة كل فريق، نرى أن الراجح هو المذهب الأول القائل بالضمان ليلاً، لأن الواجب على رب الزرع حفظه نهاراً، كما يجب على رب الماشية حفظها ليلاً وذلك لقوة أدلته وضعف أدلة أصحاب المذهبين الأخيرين.

---

(١) هذا الحديث رواه ابن ماجة في سننه من طريق أبي هريرة راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص٨٥١ كتاب الديات باب الجبار.

(٢) راجع دليل المذهب الثاني في الهداية جـ٨ ص٣٥١، بدائع الصنائع جـ٩ ص٤٤٩١، شرح بلوغ المرام جـ٣ ص٢٦٤.

(٣) راجع دليل المذهب الثالث في المغني لابن قدامة جـ٥ ص٤٥٤، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٢٤ وما بعدها.

المسألة الخامسة

فى "جعل المنفعة مهراً، أو النكاح بالإجارة"

اختلف العلماء فى جعل المنفعة مهراً، أو النكاح بالإجارة، مثل أن تنكح المرأة الرجل على أن يخيط لها الثوب، ويبنى لها البيت، ويذهب بها إلى البلد، ويعمل لها العمل مثل أن يخدمها سنة أو أكثر، وسبب اختلافهم يرجع إلى:

أ- هل شرع من قبلنا لازم لنا، حتى يدل الدليل على ارتفاعه، أم أن شرع من قبلنا ليس بلازم لنا؟ فمن قال: لازم لنا، أجاز النكاح بالإجارة، أو جعل المنفعة مهراً، ومن قال ليس بلازم لنا، قال: لا يجوز النكاح بالإجارة أو جعل المنفعة مهراً.

ب- قياس النكاح على الإجارة، فإن الإجارة مستثناة من بيوع الغرر المجهول، فمن اجار القياس، جوز أن تكون المنفعة مهراً، ومن لم يجوزه، فإنه قد خالف فى ذلك لما فى الإجارة من غرر، لأن الأصل فى التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة، والإجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها[1].

والملاحظ هنا فى المسألة أن الإمام الشافعى- رضى الله عنه- قد خالف مذهبه فى عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بجواز أن تكون المنفعة صداقاً، مستدلاً على ذلك بشرع من قبلنا كما أن الإمام أبا حنيفة قد خالف مذهبه أيضاً فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بعدم جواز أن تكون المنفعة صداقاً، ولم يأخذ بشرع من

---

(1) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص٢١ وما بعدها.

قبلنا فى هذه المسألة، وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على ثلاثة مذاهب، هاك بيانها وأدلة كل مذهب والراجح منها:

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعى، والإمام أحمد، وبعض المالكية، وبعض الحنفية، وهم يرون جواز أن تكون منفعة الحر صداقاً، كالخياطة والبناء وتعليم القرآن.

يقول ابن قدامة: كل ما جاز ثمناً فى البيع، أو أجرة فى الإجارة من العين والدين، والحال والمؤجل، والقليل والكثير، ومنافع الحر والعبد، وغيرهما جاز أن يكون صداقاً.

وقال الشافعى: الصداق ثمن من الأثمان، فكل ما يصلح أن يكون ثمناً يصلح أن يكون صداقاً، وذلك مثل أن تنكح المرأة الرجل على أن يخيط لها الثوب، أو يبنى لها البيت، أو يخدمها مدة معينة[1].

المذهب الثانى:

وعليه جمهور الحنفية، وهم يرون جواز أن تكون المنفعة مهراً إذا لم تكن هذه المنفعة خدمة الحر لزوجه، أو مما يستحق عليها الأجر كتعليم القرآن، فلو تزوجها على شئ من ذلك وجب لها مهر المثل[2].

---

(1) راجع هذا المذهب فى المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٢١٢، الأم للشافعى جـ٥ ص١٦١ وما بعدها، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص٣٤٢ و ما بعدها، بدائع الصنائع جـ٣ ص١٠٢.

(2) راجع هذا المذهب فى فتح القدير جـ٣ ص١٩٦، بدائع الصنائع جـ٣ ص١٠٢، حاشية ابن عابدين جـ٣ ص١٠٦ وما بعدها، الهداية وشروحها جـ٢ ص٤٥٠، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٣.

المذهب الثالث:

وعليه الإمام مالك- رضى الله عنه- وأبوبكر الرازى، وغيرهما، وهم يرون المنع من جعل المنفعة صداقاً[1].

الأدلـــــــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بجواز أن تكون المنفعة صداقاً، بالكتاب والسنة والمعقول هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايأتى:

١- قوله تعالى على لسان شعيب لموسى -عليهما السلام- "قال إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدنى إن شاء الله من الصالحين"[2].

وجه الدلالة:

أن شعيباً- عليه السلام- جعل مهر المنكوحة من بناته قيام موسى- عليه السلام- بالعمل عنده مدة ثمانية أعوام، فيجوز أن تكون المنفعة مهراً، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها فى الإجارة، فجازت صداقاً، كمنفعة العبد.

---

(١) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد جـ٢ ص٢١، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٣.

(٢) سورة القصص الآية ٢٧.

وفى هذا المعنى يقول الإمام الشافعى: فإن قال قائل: ما دل على هذا؟ قيل: كان المهر ثمناً كان فى معنى هذا، وقد أجاز الله عز وجل الإجارة فى كتابه العزيز، وأجازها المسلمون.

قال تعالى "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن[١] "، وقال تعالى "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف[٢] "، وذكر قصة شعيب وموسى- عليهما السلام- فى النكاح فقال "قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين قال إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج[٣] "، وقال "فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً[٤] "، وقال: لا أحفظ أحد خلافاً فى أن ما جازت عليه الإجارة جاز أن يكون مهراً، فمن نكح بأن يعمل عملاً، فعمله كله، فمن طلق قبل الدخول، رجع بنصف قيمة العمل، فإن فات المعمول بأن يكون ثوباً فهلك، كان للمرأة نصف أجر خياطة الثوب[٥] .

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يأتى:

---

(١) سورة الطلاق الآية ٦.
(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٣.
(٣) سورة القصص الآية ٢٦، وجزء من الآية ٢٧ من نفس السورة.
(٤) سورة القصص الاية ٢٩.
(٥) راجع الأم للشافعى جـ٥ ص١٦١ ومابعدها.

١- ما رواه الدارقطنى أن رسول الله ﷺ قال "أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق، قيل: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيباً من أراك[١] ".

وجه الدلالة:

فإن هذا الحديث أفاد جواز أن تكون المنافع صداقاً إذا تراضى عليها الأهلون.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايأتى:

١- قياس المنفعة مهراً على الإجارة، فكما تجوز الإجارة على منفعة، فكذا يجوز أن تكون المنفعة صداقاً، لأن لها مقابلاً[٢] .

استدل أصحاب المذهب الثانى وهم الحنفية على مذهبهم بالمعقول، هاك بيانه:

١- استدلوا على الجواز إذا لم تكن المنفعة خدمة الحر لزوجته، أو مما يستحق عليه الأجر بما استدل به المجوزون، وهو أن شرع من قبلنا شرع لنا وبيان ذلك: صحة الزواج على أن يخدم سيدها أو وليها، كقصة شعيب وموسى- عليهما السلام- فقد زوج موسى أبنته على أن يرعى له غنمه ثمانى

(١) هذا الحديث رواه الدارقطنى فى سننه من طريق ابن عباس رضى الله عنهما وفى التعليق المغنى هذا الحديث معلول بمحمد بن عبد الرحمن وقال البخارى منكر ورواه أبو داود فى المراسيل. راجع سنن الدارقطنى مع التعليق المغنى جـ٣ ص٢٤٤.

(٢) راجع هذا المذهب فى الأم للشافعى جـ٥ ص١٦١ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٢١٢، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص٣٤٢ وما بعدها.

سنين، وقد قصه الله تعالى فى قوله "إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج[1]" من غير إنكار فكان شرعاً لنا.

٢- ودليلهم فى المواطن التى منعوا فيها، وهى خدمة الحر لزوجته، أن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح، لما فى ذلك من قلب الموضوع، إذ أن عقد النكاح يقتضى أن تكون الزوجة خادمة والزوج مخدوماً، وفى جعل خدمة الزوج مهراً لها كون الرجل خادماً والمرأة مخدومة، فإذا تزوجها وقد سمى ما لا يصلح أن يكون مهراً، صح العقد ووجب مهر المثل.

وأما منعهم فيما لو كانت المنفعة تعليم القرآن، فحجتهم فى ذلك هى أن المسمى ليس بمال، والمشروع فى عقد النكاح هو الابتغاء بالمال، لقوله تعالى "أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين[2]".

وتعليم القرآن وغيره من القربات ليس بمال، لأن هذه الأشياء لا يجوز أخذ الأجرة عليها، وعلى هذا فإنه يجب لمن سمى لها مثل هذه الأشياء مهراً مهر المثل[3] .

---

(١) سورة القصص الآية ٢٧.

(٢) سورة النساء الآية ٢٤.

(٣) راجع دليل المذهب الثانى فى الهداية وشروحها جـ٢ ص٤٥٠ وما بعدها، حاشية ابن عابدين جـ٣ ص١٠٦ ومابعدها، بدائع الصنائع جـ٣ ص١٠٢، فتح القدير جـ٣ ص١٩٦، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٣.

استدل أصحاب المذهب الثالث، وهم القائلون بالمنع من جعل المنفعة صداقاً بالمعقول هاك بيانه:

١- إن فى الإجارة غررا وجهالة، لأن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة، والإجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة، ولا مقدرة بنفسها.

وقال أبو بكر الرازى مستدلاً على مذهبه: إن الإجارة عقد مؤقت، والنكاح عقد مؤبد، فهما متنافيان[(١)] .

هذا: وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول، يتضح لنا أن الرأى الراجح هو القائل بجعل المنفعة أجراً وصداقاً، لقوة أدلته وسلامتها عن المعارض.

(١) راجع دليل المذهب الثالث فى بداية المجتهد جـ٢ ص٢١، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٣.

المسألة السادسة

فى "ألفاظ النكاح

اتفق الفقهاء على أن النكاح ينعقد بلفظ النكاح، وكذلك بلفظ التزويج، كأن يقول الولى أو الأب لمن يريد الزواج: أنكحتك، أو زوجتك، واختلفوا فى انعقاد النكاح بلفظ الهبة والبيع والصدقة.

وسبب اختلافهم: هل عقد النكاح يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ؟ فمن ألحقه بالعقود التى يعتبر فيها الأمران قال: لا نكاح ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج. ومن قال: إن اللفظ ليس من شرطه أجاز النكاح بأى لفظ اتفق عليه إذا فهم المعنى الشرعى.

والملاحظ فى هذه المسألة أن جمهور الشافعية قد خالفوا مذهبهم فى عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا: لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح أو التزويج، مستندين فى ذلك إلى شرع من قبلنا، مع العلم بأنهم لا يرونه حجة.

وكذلك خالف المالكية، والحنفية مذهبهم فى الأخذ بشرع من قبنا، وقالوا: ينعقد النكاح بلفظ الهبة والبيع والصدقة، غير مستندين فى ذلك إلى شرع من قبلنا، مع العلم بانهم قالوا: إنه حجة.

وها نحن نذكر مذاهب العلماء وأدلة كل فريق والراجح من هذه المذاهب، وقد حصرت خلاف العلماء فى هذه المسألة فى مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من الشافعية والحنابلة، وهو مروى عن سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهرى، وربيعة، وأبى ثور، وأبى عبيدة، وداود وغيرهم، وهم يرون أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج، ولا يجوز بأى لفظ سواهما[١].

المذهب الثانى:

وعليه الإمام مالك، والإمام أبو حنيفة وأصحابه، وهو مروى عن الثورى، والحسن بن صالح، وأبى ثور وغيرهم، وهم يرون انعقاد النكاح بلفظ البيع والصدقة والهبة.

يقول القرطبى نقلاً عن المالكية، وهو منهم: وقال علماؤنا فى المشهور: إن النكاح ينعقد بكل لفظ.

وقال الحنفية: ينعقد بكل لفظ يقتضى التمليك على التأييد[٢].

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بأنه لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح والتزويج بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

---

(١) راجع هذا المذهب فى المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص٢٠٩، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٧٨ وما بعدها، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٢، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٦٨.

(٢) راجع هذا المذهب فى المراجع السابقة، بداية المجتهد جـ٢ ص٤، شرح فتح القدير جـ٣ ص١٩٣ وما بعدها.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى حكاية عن شعيب- عليه السلام- "إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج[١]".

وجه الدلالة:

إن سيدنا شعيباً عندما أراد أن يزوج سيدنا موسى- عليهما السلام- ابنته ذكر له اللفظ الذى يتم به العقد، وهو النكاح، أو ما فى معناه وهو التزويج، فلا ينعقد إلا بلفظى النكاح والتزويج.

أجيب عن ذلك:

بأنه لا حجة فى الآية على ما ذهبتم إليه، لأن هذا شرع من قبلنا، وأنتم لا ترونه حجة فى شئ، كما أن الآية فيها أن النكاح بلفظ الإنكاح وقع، وامتناعه بغير لفظ النكاح لا يؤخذ من هذه الآية ولا يقتضيه بظاهرها، ولا يظهر منها، ولكن النبى ﷺ قال فى المرأة التى وهبت نفسها له، وزوجها من الصحابى الذى سأله الزواج منها "قد ملكتكها بما معك من القرآن وفى رواية زوجتكها وأنكحتكها وأمكناكها[٢]".

---

(١) سورة القصص الآية ٢٧.

(٢) هذا الحديث أخرجه مسلم فى صحيحه من طريق سهل بن سعد الساعدى راجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٣ ص٥٨٤ باب الصداق وجواز كون تعليم القرآن وخاتم من حديد، رواه أبو داود فى سننه والدار قطنى من نفس الطريق. راجع سنن أبى داود جـ١ ص٥٢٩ كتاب النكاح باب فى التزويج على العمل يعمل، سنن الدارقطنى جـ٣ ص٩٧.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- قوله ﷺ "استحللتم فروجهن بكلمة الله[١]".

وجه الدلالة:

أن المراد بكلمة الله فى الحديث يعنى القرآن، وليس فى القرآن عقد النكاح بلفظ الهبة، وإنما فيه التزويج والنكاح، وفى إجازة النكاح بلفظ الهبة إبطال بعض خصوصية النبى ﷺ فى قوله تعالى "خالصة لك من دون المؤمنين[٢]"، فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ، ولأن لفظ الهبة ينعقد به غير النكاح، فلم ينعقد به النكاح، كلفظ الإجارة والإباحة، ولأنه ليس بصريح فى النكاح، فلا ينعقد به.

ثالثاً: دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب من الإجماع بمايلى:

١- إن لفظى الإنكاح والتزويج هما اللذان انعقد عليهما الإجماع، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب العزيز فى قوله تعالى "فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها[٣]"، وقوله تعالى "ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء[٤]"، وسواء اتفقا من الجانبين، أو اختلفا مثل أن يقول: زوجتك بنتى هذه فيقول: قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج.

(١) هذا الحديث رواه مسلم فى صحيحه وابن ماجة فى سننه من طريق جابر بن عبدالله من حديث مطول: راجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٣ ص٣٤٤ باب حجة النبى -صلى الله عليه وسلم-، سنن ابن ماجة جـ٢ ص١٠٢٥.

(٢) سورة الأحزاب الآية ٥٠.

(٣) سورة الأحزاب الآية ٣٧.

(٤) سورة للنساء الآية ٢٢.

رابعاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- أن النكاح لا يجوز إلا بلفظ الإنكاح والتزويج، ولا يجوز بأى لفظ سواهما بناءً على انتفاء ما يجوز التجوز، أما إجمالاً فإنه لو صح أن يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر، فكأن يقال: أنكحتك هذا الثوب مراداً به ملكتك، كما يقال: ملكتك نفسى أو بنتى، مراداً به أنكحتك، وليس كذلك.

وأما تفصيلاً فلأن التزويج هو التلفيق وضعاً، والنكاح للضم، ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة، ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك أحد الزوجين على الآخر[١].

أجيب عن ذلك:

بأن هناك مناسبة بين المالك والمملوكة، لأن التمليك سبب لملك المتعة فى محلها، يعنى أن تمليك الرقبة سبب لملك المتعة إذا صادفت محل المتعة، لإفضائه إليه، وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز[٢].

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن النكاح ينعقد بلفظ البيع والصدقة والهبة كما ينعقد بلفظى النكاح والتزويج، بالكتاب والسنة والمعقول هاك بيان هذه الأدلة.

---

(١) راجع أدلة هذا المذهب فى المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٧٨ وما بعدها، المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص٢٠٩، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٢ وما بعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٦٨.

(٢) راجع هذا الجواب فى شرح فتح القدير جـ٣ ص١٩٣ وما بعدها.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين[١]".

وجه الدلالة:

أن النكاح بلفظ الهبة قد ورد فى القرآن الكريم، وأجازه الله تعالى لرسوله، وإذا كان ذلك جائزاً للرسول ﷺ جاز لأمته، لأننا مقتدون به، فجاز النكاح بلفظ الهبة.

أجيب عن ذلك:

بأن هذه الآية دلت على أن النكاح بلفظ الهبة من خصائص النبى ﷺ، ولا يشاركه فيه أحد من أمته، دل على ذلك قوله تعالى "خالصة لك من دون المؤمنين"، فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ دون أمته، وفى إجازة النكاح بلفظ الهبة إبطال لبعض خصوصية النبى ﷺ.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- بما روى عن النبى ﷺ أنه زوج رجلاً امرأة فقال "قد ملكتكها بما معك من القرآن[٢]".

(١) سورة الأحزاب الآية ٥٠.

(٢) سبق تخريج الحديث فى ص ١١٧ من البحث.

وجه الدلالة:

أن النكاح بلفظ التمليك قد زوج به النبى ﷺ الرجل الذى لا يملك مهراً، ولو لم يكن جائزاً لما فعله النبى ﷺ لكنه فعله، فدل على جوازه.

أجيب عن ذلك:

بأن الخبر روى بقوله ﷺ "زوجتكها - وأنكحتكها وزوجناكها بما معك من القرآن[1]" من طرق صحيحة، والقصة واحدة، والظاهر أن الراوى روى بالمعنى ظنا منه أن معناها واحد، فلا تكون حجة، وإن كان النبى ﷺ جمع بين الألفاظ، فلا حجة لهم فيه، لأن النكاح انعقد بأحدها، والباقى فضله، وبتقدير صحة الرواية، فهى معارضة برواية الجمهور السابقة.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن انعقاد النكاح بلفظ الهبة والتمليك والصدقة يجوز بطريق المجاز، فإن المجاز كما يجرى فى الألفاظ اللغوية يجرى فى الألفاظ الشرعية بلا خلاف.

أجيب عن ذلك:

بانتفاء ما يجوز التجوز به، وقد سبق بيان ذلك فى دليل أصحاب المذهب الأول[2].

---

(١) سبق تخريج الحديث فى ص ١١٧ من البحث.

(٢) راجع دليل هذا المذهب وما أجيب به فى بداية المجتهد جـ٢ ص٤، شرح فتح القدير جـ٣ ص١٩٣ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٧٨، المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص٢٠٩، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٦٨، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٢ وما بعدها.

هذا: وبعد عرض أقوال العلماء فى هذه المسألة وأدلــة كل فريـق، يتبين لـى أن الراجـح انعقـاد النكـاح بلفظ الهبـة والتمليـك وغيرها، لأن العبرة فى العقود للمعانى، لا للألفاظ والمبانى، ولقوة أدلـة مـن قـال بانعقـاد النكـاح بلفـظ الهبـة والتمليـك وضـعف أدلـة المخالفين لهم وقد سبق ذلك فى ذك أدلتهم.

المسألة السابعة

فى "وجوب الإشهاد فى النكاح"

اختلف العماء فى وجوب الإشهاد فى عقد النكاح، وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم حول معنى قوله تعالى فى قصة موسى وشعيب- عليهما السلام- قال تعالى "والله على ما نقول وكيل[(١)]"، فاكتفى الصالحان صلوات الله عليهما فى الإشهاد بالله تعالى، ولم يشهدا أحداً من الخلق، وهذا شرع من قبلنا، وقد خالف الحنفية مذهبهم فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بوجوب الإشهاد فى النكاح، وتمسك بهذه الآية بعض العلماء، وقالوا بجواز النكاح بغير شهود.

وها نحن نذكر مذاهب العلماء وأدلة كل فريق، وقد وجدت انحصار الخلاف بينهم فى مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الشافعى، وأبو حنيفة، والإمام أحمد فى إحدى روايتيه، وهو مروى عن عمر، وعلى، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، والحسن، والنخعى، والثورى، والأوزاعى وغيرهم، وهم يرون أن نكاح المسلمين لا ينعقد إلا بحضور شاهدين، أى وجوب الإشهاد فى عقد النكاح، فلا يصح عقد النكاح بلا شهادة اثنين غير الولى[(٢)].

---

(١) سورة القصص الآية ٢٨.

(٢) راجع هذا المذهب فى المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص١٩٨، شرح فتح القدير جـ٣ ص١٩٩، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٨ وما بعدها، تفسير القرطبى جـ٣ ص٧٩، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٨٠.

المذهب الثانى:

وعليه الإمام أحمد فى الرواية الأخرى عنه، وهو مروى عن أبى ثور، وابن المنذر، والزهرى، وابن عمر، والحسن بن على، وابن الزبير، وعبد الرحمن بن مهدى، ويزيد بن هارون، وهم يرون جواز النكاح بدون شهود، وعند الإمام مالك إذا أعلنوه، أى أعلنوا النكاح، إذ المراد من الشهود الإعلان، وأنكر بعض العلماء نقل هذا عن مالك، ومنهم من قال: أجاز الإمام مالك العقد بدون شهود، ثم يشهدان قبل الدخول.

وقال أبو ثور وجماعة: ليس الشهود من شرط النكاح، لا شرط صحة ولا شرط تمام، وقال الشيعة الإمامية: يستحب الإعلان والإظهار فى النكاح الدائم، والإشهاد ليس شرطاً فى صحة العقد عند علمائنا أجمع[1].

الأدلـــــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بوجوب الإشهاد فى النكاح بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما روى عن السيدة عائشة- رضى الله عنها- قالت: قال النبى ﷺ "لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل[2]".

---

(١) راجع هذا المذهب فى الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى جـ٢ ص٢١١ وما بعدها، شرح الموطأ للزرقانى جـ٤ ص٣٤، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٨ وما بعدها، بداية المجتهد جـ٢ ص١٧، المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص١٩٨، المختصر النافع فى فقه الإمامية ص١٩٤ ط وزارة الأوقاف، الفقه الاسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٧ ص٧ وما بعدها، تفسير القرطبى جـ٣ ص٧٩، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٨٠ وما بعدها.

(٢) هذا الحديث رواه الترمذى فى سننه، جـ٣ ص٣٩٨ والحاكم فى المستدرك، جـ ٣ ص١٦٩ وأبو داود فى سننه، جـ٢ ص ٢٢٩ وابن ماجة فى سننه جـ ١ ص٦٠٥ رقم ١٨٨١ باب لا نكاح إلا بولى.

وروى الدارقطنى عن عائشة- رضى الله عنها- حديثاً "لابد فى النكاح من أربعة: الولى والزوج، والشاهدين[١] ".

وقد روى الترمذى عن ابن عباس- رضى الله عنهما- قوله ﷺ "البغايا اللآتى ينكحن أنفسهن بغير بينة أى شهود[٢] ".

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ فى الحديث الأول نفى النكاح بغير ولى وشاهدى عدل، وفى الحديث الثانى اشترط فى النكاح الشاهدين، وفى الحديث الثالث بين أن البغايا اللآتى ينكحن بغير شهود، ففى هذه الأحاديث دلالة واضحة على أن النكاح لا ينعقد بغير شهود.

وفى هذا المعنى يقول صاحب فتح القدير ما نصه: لا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين، أو رجل وامرأتين، عدولا كانوا أو غير عدول أما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام "لا نكاح إلا بشهود[٣] ".

---

(١) هذا الحديث رواه الدارقطنى فى سننه من طريق عائشة رضى الله عنها راجع سنن الدارقطنى جـ٣ ص٢٢٥ ط دار المحاسن للطباعة بالقاهرة.

(٢) هذا الحديث رواه الترمذى فى سننه من طريق لبن عباس رضى الله عنهما راجع سنن الترمذى جـ٣ ص٤٠٢ كتاب النكاح باب لا نكاح إلا ببينة.

(٣) سبق تخريج الحديث.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن في الشهادة على الزواج حفاظاً على حقوق الزوجية والولد، لئلا يحجده أبوه فيضيع نسبه، وفيها درء للتهمة عن الزوجين، وبيان خطورة الزواج وأهميته[١].

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلي:

١- قوله تعالى حكاية عن سيدنا شعيب وموسى- عليهما السلام- "قال ذلك بيني وبينك أيما الأجلين قضيت فلا عدوان على والله على ما نقول وكيل".

وجه الدلالة:

أن سيدنا شعيباً زوج سيدنا موسى- عليهما السلام- ابنته، ولم يشهدا أحداً من الخلق، وإنما اكتفى الصالحان- عليهما السلام- في الإشهاد عليهما بالله تعالى، ولو لم يكن جائزاً ما فعلاه، فدل ذلك على جواز النكاح بغير شهود، يؤيد ذلك ما روى عن أبي هريرة أن رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، فقال: ائتني بالشهداء أشهدهم، فقال: كفى بالله شهيداً، فقال: إئتني بكفيل، فقال: كفى بالله وكيلا، قال: صدقت فدفعها إليه[٢]".

---

(١) راجع أدلة المذهب الأول في شرح فتح القدير جـ٣ ص١٩٩ وما بعدها، المجموع شرح المهذب جـ١٦ ص١٩٨، المغني لابن قدامة جـ٧ ص٨ وما بعدها، تفسير القرطبي جـ٣ ص٧٩، أحكام القرآن الكريم لابن العربي جـ٣ ص١٤٨٠.

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه عن طريق أبي هريرة رضي الله عنه راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٥ ص٨١ ط دار الريان للتراث بالقاهرة حديث رقم ٢٤٠٤ كتاب الاستقراض باب إذا أقرضه إلى أجل مسمى.

أجيب عن ذلك:

لا نسلم أن سيدنا موسى وشعيباً- عليهما السلام- لم يشهدا على عقد الزواج، بل أشهدا الله تعالى على ما قالا، وشهادة الله تعالى أكبر شهادة، قال تعالى "قل أى شئ أكبر شهادة قل الله شهيد بينى وبينكم[1] " وقال تعالى "فكفى بالله شهيدا بيننا وبينكم[2]".

وإن سلم ذلك، فمحمول على أن الزواج بغير شهود من خصائص الأنبياء، أو أن ذلك كان جائزاً فى شرعهم، ثم نسخ بشرعنا، فكان الزواج بدون شهود غير جائز فى شرعنا.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما روى عن عامر بن عبدالله بن الزبير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال "أعلنوا النكاح(٣) " وروى عن عائشة- رضى الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ "أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف(٤) ".

وجه الدلالة:

فقد دل الحديثان على الأمر بإعلان النكاح، والإعلان خلاف الإسرار، وعلى الأمر بضرب الدف، والأحاديث فيه

(١) سورة الأنعام من الآية ١٩.
(٢) سورة يونس من الآية ٢٩.
(٣) هذا الحديث رواه الترمذى فى سننه وابن ماجة من طريق عائشة رضى الله عنها راجع سنن الترمذى جـ٣ ص٣٨٩ كتاب النكاح باب إعلان النكاح وقال غريب حسن، سنن ابن ماجة جـ١ ص٦١١ كتاب النكاح باب إعلان النكاح ثم علق عليه ابن ماجة بقوله وفى إسناده خالد بن إلياس اتفقوا على ضعفه.
(٤) هذا الحديث سبق تخريجه.

واسعة، وإن كان في كل منها مقال، إلا أنها يعضد بعضها بعضاً، ويدلان أيضاً على شرعية ضرب الدف لأنه أبلغ في الإعلان من عدمه، فقد دل هذا على وجوب الإعلان دون الإشهاد.

أجيب عن ذلك:

سلمنا لكم أن الإعلان خلاف الإسرار، لكن نكاح السر ما لم يحضره شاهدان، فأما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية، لا نكاح سر، إذ السر إذا جاوز اثنين خرج عن أن يكون سراً، وقوله ﷺ "أعلنوا النكاح"، لأنهما إذا أحضراه شاهدين فقد أعلناه، والدف ندب إلى زيادة إعلانه فالحديثان لا دلالة لكم فيهما على ما ذهبتم إليه(١) .

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلي:

١- إن البيوع التي ذكر الله تعالى فيها الإشهاد عند العقد، وقد قامت الدلائل بأن ذلك ليس من فرائض البيوع، والنكاح الذي لم يذكر الله تعالى فيه الإشهاد أحرى بألا يكون الإشهاد من شروطه وفرائضه، وإنما الفرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب، والإشهاد يصلح بعد العقد للتداعي، والاختلاف فيما ينعقد بين المتناكحين(٢) .

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ٣ ص١٣٧٩ وما بعدها.

(٢) راجع دليل هذا المذهب في المغني لابن قدامة جـ٧ ص٨ وما بعدها، بداية المجتهد جـ٢ ص١٧، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي جـ٢ ص٢١١ وما بعدها، شرح الموطأ جـ٤ ص٣٤، المختصر النافع في فقه الإمامية ص١٩٤، الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي جـ٧ ص٧ وما بعدها، تفسير القرطبي جـ٣ ص٧٩ وما بعدها.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، لأن النكاح يخالف البيع، لأن القصد من البيع هو المال، والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد، ومبناهما على الاحتياط، بخلاف البيع فافترقا[1] .

هذا، وبعد عرض مذاهب العلماء وأدلة كل فريق، يتبين لنا أن الإمام مالكاً قال باشتراط الشهود فى النكاح، وإن كان لا يشترط فى بداية العقد، ولكن عند الدخول، وبذلك يكون الإمام مالك مع الجمهور، أما من قالوا بأن الشهود لا يشترطون فى النكاح مطلقاً، فقولهم باطل ولا يعول عليه، لأن أحاديث الإشهاد على الزواج مشهورة، فيصح أن يقيد بها مطلق الكتاب.

---

(1) راجع بدائع الصنائع جـ٣ ص١٣٧٩ وما بعدها.

المسألة الثامنة

فى "حكم من فعل فعل قوم لوط

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط، وقد ذمه الله تعالى فى كتابه العزيز فقال تعالى "ولوطاً إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين: إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون(١)"، وذمه رسول الله ﷺ وعاب عن فعله، فقال: "لعن الله من عمل عمل قوم لوط ثلاثة(٢)".

ومن هنا اختلف العلماء فيما يجب على من فعل فعل قوم لوط بعد إجماعهم على تحريمه، وسبب اختلافهم: اختلافهم فى شرع من قبلنا، فمن أخذ بشرائع الأنبياء السابقين قال برجم من فعل فعل قوم لوط، ومن لم يأخذ بشرع من قبلنا قال بعدم الرجم، وهنا نجد أن الحنفية قد خالفوا مذهبهم فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا من فعل فعل قوم لوط لا يرجم، بل يعزر.

وها نحن نذكر مذاهب العلماء وأدلة كل فريق مع بيان الراجح منها، والخلاف هنا ينحصر فى ثلاثة مذاهب، هاك بيانها:

---

(١) الآيتان ٨٠، ٨١ من سورة الأعراف

(٢) هذا الحديث رواه الترمذى فى سننه من طريق ابن عباس، وقال عنه إنما يعرف هذا الحديث من هذا الوجه: راجع سنن الترمذى جـ٤ ص٥٨ كتاب الحدود باب ما جاء فى حد اللوطى.

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من المالكية، وأحمد في إحدى روايتيه، والشافعي في أحد قوليه، وهو مروى عن علي، وابن عباس، وعبدالله بن عمر، وعطاء، والنخعي، وقتادة، والأوزاعي، وابن المسيب وأبي ثور، وهم يرون أن من فعل فعل قوم لوط فحده الرجم محصناً كان أو غير محصن(١) .

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة، وابن حزم الظاهري، وغيرهما وهم يرون أن من فعل فعل قوم لوط يعزر فقط، ولا حد عليه(٢) .

المذهب الثالث:

وعليه الإمام الشافعي في قوله الآخر، والإمام أحمد في الرواية الأخرى عنه، ومن الحنفية أبو يوسف ومحمد، وغيرهم، وهم يرون أن حد اللائط هو حد الزنا، فإن كان اللائط محصناً وجب عليه الرجم، وإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب. غير أن بعض الحنفية يوجبون الحد وهو الرجم إن كان محصناً، والجلد إن كان غير محصن، لا لأنه زنا، بل لأنه في معنى الزنا، لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لوجوب الحد، وهو الوطء الحرام على وجه التمحض، فكان في معنى

---

(١) راجع المذهب الأول في المنتقى على الموطأ جـ٧ ص١٤١ وما بعدها، القوانين الفقهية ص٣٧٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص٣١٤، المغني لابن قدامة جـ٩ ص٦٠، المهذب جـ٢ ص٢٧٠، تفسير القرطبي جـ٧ ص٢٤٤.

(٢) راجع هذا المذهب في بدائع الصنائع جـ٩ ص٤١٥١، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٢٧، المحلى لابن حزم جـ١١ ص٣٨٠، أحكام القرآن الكريم لابن العربي جـ٢ ص٧٨٦، تفسير القرطبي جـ٧ ص٢٤٤.

الزنـا، فورود النـص بإيجـاب الحـد هنـاك يكـون وروداً ههنـا دلالة[1] .

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بـأن مـن فعـل فعـل قـوم لـوط حـده الرجـم محصنـاً كـان أم غـير محصـن، بالكتاب والسنة والأثر والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قولـه تعـالى "إنـا أرسـلنا عليهـم حاصبـاً[2] "، وقولـه تعـالى "وأمطرنا عليها حجارة من سجيل منضود[3] ".

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعـالى قـد عـاقب قـوم لـوط بـالرجم، بـأن أرسل عليهم حاصباً، وأمطر عليهم جحارة من السماء.

فإن قيل: لا حجة فيه لوجهين:

أحدهما: أن قوم لـوط إنمـا عوقبـوا علـى الكفـر والتكذيـب كسـائر الأمم.

الثاني: إن صغيرهم وكبيرهم دخل فيها، فـدل علـى خروجهـا مـن باب الحدود.

---

(١) راجع المذهب الثالث فى المهذب جـ٢ ص٢٧٠، المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٧٠ ومابعدها، بدائع الصنائع جـ٩ ص٤١٥١.

(٢) سورة القمر من الآية ٣٤.

(٣) سورة هود من الآية ٨٢.

قيل: أما الأول: فإن الله سبحانه أخبر عنهم أنهم كانوا على معاص، فأخذهم بها منها هذه.

وأما الثاني: فكان منهم فاعل، ومنهم راض، فعوقب الجميع لسكوت الجماهير عليه، وهي حكمة الله وسنته في عباده، وبقي أمر العقوبة على الفاعلين مستمراً.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما روى عن النبي ﷺ أنه قال "من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به"، وعند الترمذي أحصنا أو لم يحصنا، وفي رواية فارجموا الأعلى والأسفل(١)".

وجه الدلالة:

إن النبي ﷺ قد أمر بقتل من فعل فعل قوم لوط، ولولا أن عقوبته القتل لما أمر بها النبي ﷺ، لا فرق بين المحصن وغيره في العقوبة هنا.

وقال الإمام مالك بعد ذكره الحديث: لم نزل نسمع من العلماء أنهما يرجمان، أحصنا أو لم يحصنا، والرجم هو العقوبة التي أنزلها الله تعالى بقوم لوط.

ثالثاً: دليلهم من الأثر:

استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بمايلي:

---

(١) هذا الحديث بجميع رواياته السابقة رواه الترمذي في سننه من طريق ابن عباس ورواه ابن ماجة من طريق أبي هريرة، راجع سنن الترمذي جـ٤ ص٥٧ رقم ١٤٥٦، سنن ابن ماجة جـ٢ص٥١١ حديث رقم ٢٥٦١، ٢٥٦٢.

١- ما رواه أبو داود عن ابن عباس- رضى الله عنهما- فى البكر يوجد على اللوطية قال يرجم[١]".

رابعاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن الرجم هى العقوبة التى أنزل الله تعالى بقوم لوط، لأن هذا فرج لآدمى، فتعلق الرجم، بالإيلاج فيه، كالقبل، ولأن هذا لا يستباح بوجه، فلذلك تعلق به من التغليظ أشق ما تعلق بالقبل، ولأنه إيلاج لا يسمى زنا، فلم يعتبر فيه الإحصان، كالإيلاج فى البهيمة[٢].

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن من فعل فعل قوم لوط يعزر ولا حد عليه، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- قوله ﷺ "من وضع حداً فى غير حد فقد تعدى وظلم[٣] ".

وجه الدلالة:

بأن من فعل فعل قوم لوط لم يزن، وعقوبة الزانى معلومة، وهى الرجم إن كان محصناً، والجلد إذا كان غير محصن، فلما

---

(١) هذا الأثر رواه أبو داود فى سننه من طريق ابن عباس، راجع سنن أبى داود جـ٢ ص٥١١ كتاب الحدود فيمن عمل عمل قوم لوط.

(٢) راجع أدلة هذا المذهب فى المراجع السابقة عند ذكر هذا المذهب.

(٣) هذا الحديث عزاه القرطبى للحنفية مستدلاً به لهم على مذهبهم ولم يوجد فى كتب الحديث، راجع تفسير القرطبى جـ٧ ص٢٤٤.

كانت هذه المعصية غيرها، وجب ألا يشاركها فى حدها، ولا يجوز وضع عقوبة فى غير حد.

وفى هذا المعنى يقول ابن حزم: إن من فعل فعل قوم لوط لا حد عليه ولا قتل، لأن الله تعالى لم يوجب ذلك ولا رسوله ﷺ، ولكن يعزر.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الفعل مساوٍ للزنا فى الاسم، وهى الفاحشة، وهى مشاركة له فى المعنى، لأنه معنى محرم شرعاً، مشتهى طبعاً، فجاز أن يتعلق به الحد إذا كان معه إيلاج، وذلك أن الحد للزجر عن الموضع المشتهى، وقد وجد ذلك المعنى كاملاً، بل أكثر حرمة، فكان بالعقوبة أولى وأحرى، فضلاً عن ذلك فإن عقوبة التعزير قد تصل إلى القتل على حسب ما يراه الإمام مراعياً فى ذلك المصلحة العامة.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن اللواطة ليست بزنا، لأن الزنا اسم للوطء فى قبل المرأة، ألا ترى أنه يستقيم أن يقال: لاط وما زنا، وزنا وما لاط، ويقال: فلان لوطى، وفلان زان، فكذا يختلفان اسماً، واختلاف الأسامى دليل اختلاف المعانى فى الأصل، ولهذا اختلف الصحابة- رضى الله عنهم- فى حد هذا الفعل، ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى، لأن موجب الزنا كان معلوماً لهم بالنص، فثبت أنه ليس بزنا، ولا فى معنى الزنا أيضاً، لما فىالزنا من اختلاط الأنساب

وتضييع الولد، ولم يوجد ذلك فى هذا الفعل، إنما فيه تضييع الماء المهين الذى يباح مثله بالعزل، وكذا ليس فى معناه فيما شرع له الحد، وهو الزجر، لأن الحاجة إلى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده، ولا يغلب وجود هذا الفعل، لأن وجوده يتعلق باختيار شخصين، ولا اختيار إلا لداع يدعو إليه، ولا داعى فى جانب المحل أصلاً، وفى الزنا وجد الداعى من الجانبين جميعاً، وهو الشهوة المركبة فيهما جميعاً، فلم يكن فى معنى الزنا، فورود النص هناك ليس وروداً ههنا، وأيضاً فإن من فعل فعل قوم لوط وطأ فى فرج، لا يتعلق به إحلال ولا إحصان، ولا وجوب مهر، ولا ثبوت نسب، فلم يتعلق به حد، وأن الواجب بهذا الفعل التعزير لوجهين:

أحدهما: أن التعزير هو الذى يحتمل فى القدر والصفة، لا الحد.

الثانى: أن التعزير للاجتهاد مجال فيه، بخلاف الحد فإنه لا مجال للاجتهاد فيه، بل لا يعرف إلا بالتوقيف(١).

أجيب عن ذلك:

بما أجيب به عن الدليل السابق فلا داعى لتكراره.

استدل أصحاب المذهب الثالث على مذهبهم القائل بأن حد اللائط هو حد الزنا، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

---

(١) راجع دليل هذا المذهب فى حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٢٧، بدائع الصنائع جـ٩ ص٤١٥١، المحلى لابن حزم جـ١١ ص٣٨٠ وما بعدها، تفسير القرطبى جـ٧ ص٢٤٤، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٢ ص٧٨٦.

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما رواه أبو موسى الأشعرى- رضى الله عنه- أن النبى ﷺ قال: "إذا جاء الرجل الرجل، فهما زانيان، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان(١) ".

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ أخبر أنه إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان، وعقوبة من زنا هى الرجم إن كان محصناً، والجلد والتغريب إن كان غير محصن، فكانت عقوبة من فعل فعل قوم لوط كذلك.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن الحد يجب بالوطء، فاختلف فيه البكر والثيب قياساً على حد الزنا، بجامع أن كلاً منهما إيلاج محرم فى فرج آدمى لا ملك له فيه، ولا شبهة ملك، فكان كالإيلاج فى فرج المرأة، وإذا ثبت كونه زنا دخل فى عموم الآية، ولأنه فاحشة، فكان زنا كالفاحشة بين الرجل والمرأة(٢) .

---

(١) هذا الحديث رواه ابن حجر فى تلخيص الحبير من طريق أبى موسى والبيهقى فى السنن الكبرى: راجع تلخيص الحبير جـ٣ ص٦٢ كتاب الحدود باب حد الزنا وفيه بشر بن الفضل وهو مجهول، السنن الكبرى للبيهقى جـ٨ ص٢١٣ كتاب الحدود باب فى حد اللوطى.

(٢) راجع أدلة المذهب الثالث فى المهذب جـ٢ ص٢٧٠، المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٦٠، تفسير القرطبى جـ٧ ص٢٤٤ وما بعدها.

هذا: وبعد عرض المذاهب وأدلة كل مذهب، أرى ترجيح قول الإمام مالك ومن معه، وهم أصحاب المذهب الأول الذين قالوا بأن من فعل فعل قوم لوط يرجم، سواء أكان محصناً أم غير محصن.

وفى هذا المعنى يقول ابن العربى: والذى صار إليه مالك أحق، فهو أصح سنداً وأقوى معتمداً(١) .

---

(١) راجع أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٢ ص٧٨٦.

المسألة التاسعة

فى "الإسلام ليس شرطاً فى الإحصان"

الإحصان لغة: المنع(١). وشرعاً: جاء بمعنى الإسلام والبلوغ، والعقل والحرية، والعفة والتزويج، ووطء المكلف الحر فى نكاح صحيح، والمراد هنا هو المعنى الأخير عند الشافعية.

وقال الحنفية: الإحصان نوعان: إحصان الرجم، وإحصان القذف. أما إحصان الرجم فهو عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم، وهى العقل والبلوغ، والحرية والإسلام، والنكاح الصحيح والدخول فيه(٢).

إذا تقرر هذا فقد اختلف العلماء فى الإسلام، هل هو شرط فى الإحصان، فلا يرجم الذمى إذا تحاكم إلينا، ولا تحصن الذمية مسلماً. أم الإسلام ليس شرطاً فى الإحصان، فيحد الذمى إذا ترافع إلينا، وتحصن الذمية المسلم؟ وقد اختلف فى هذه المسألة على مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه أبو حنيفة، ومالك، وهو مروى عن عطاء، والنخعى، والشعبى، ومجاهد، والثورى وغيرهم، وهم يرون أن الإسلام من شروط الإحصان، فلا يرجم الذمى إذا تحاكم إلينا، ولا

---

(١) راجع المصباح المنير جـ١ ص١٣٩، مختار الصحاح ص١٤١.

(٢) راجع المجموع جـ٢ ص١٤، المبسوط للسرخسى جـ٩ ص٣٩ ط دار المعرفة بيروت- لبنان، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٦ ص٤٢.

تحصن الذمية مسلماً، لأن الرجم تطهير، والذمى ليس من أهل التطهير، بل لا يطهر إلا بحرقه فى الآخرة بالنار(١) .

المذهب الثانى:

وعليه الشافعى، وأحمد بن حنبل، وأبو يوسف من الحنفية، وهو مروى عن الزهرى وجماعة، وهم يرون أن الإسلام ليس شرطاً فى الإحصان، فيحد الذمى إذا ترافع إلينا، والذمية تحصن المسلم(٢) .

الأدلـــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بأن الإسلام شرط فى الإحصان، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- قوله ﷺ "من أشرك بالله فليس بمحصن(٣) ".

وجه الدلالة:

أن الذمى مشرك على الحقيقة، كما أنه ليس بكامل الحال، فإن المحصن من هو كامل الحال، والرجم لا يقام إلا على من هو

---

(١) راجع هذا المذهب فى بدائع الصنائع جـ٩ ص٤١٦٠، المبسوط جـ٩ ص٢٩، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص١٦، بداية المجتهد جـ٢ ص٤٣٦، القوانين الفقهية ص٣٧٤.

(٢) راجع هذا المذهب فى المجموع جـ٢ ص١٤، المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٤٠، المبسوط جـ٩ ص٢٩، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٦ ص٤٢.

(٣) هذا الحديث رواه ابن حجر من طريق ابن عمر مرفوعاً وموقوفاً والزيلعى والدارقطنى من نفس الطريق: راجع تلخيص الحبير جـ٤ ص٩١، نصب الراية جـ٣ ص٣٢٧، كتاب الحدود، سنن الدارقطنى جـ٣ ص٣٥٠ كتاب الحدود.

كامل الحال، والإسلام يطلق عليه اسم الإحصان فى قوله تعالى "والذين يرمون المحصنات"(١)، وقوله تعالى "فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة(٢) "، فلذا قلنا بأن الإسلام شرط فى الإحصان وبه يحصل المقصود.

واستدلوا أيضاً بقوله ﷺ لكعب بن مالك حين أراد أن يتزوج يهودية: "دعها فإنها لا تحصنك(٣) ".

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ نهى كعب بن مالك من الزواج باليهودية، لأن المسلم لا تحصنه يهودية، فلذا اشترطنا الإسلام فى الإحصان.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن الإحصان فضيلة، ولا فضيلة مع عدم الإسلام.

وفى هذا المعنى يقول صاحب البدائع: وأما الإسلام، فلأنه نعمة كاملة موجبة للشكر، فيمنع من الزنا الذى هو وضع الكفر فى موضع الشكر، وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات فى الزوجين جميعاً، فلأن اجتماعها فيهما يشعر بكمال حالهما، وهو يشعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين، لأن اقتضاء الشهوة بالصبية والمجنونة قاصر، وكذا بالرقيق، لكون الرق من نتائج الكفر،

---

(١) بعض من الآية ٢٥ من سورة النساء.

(٢) بعض من الآية ٤ من سورة النور.

(٣) هذا الحديث رواه الزيلعى والدارقطنى من طريق كعب بن مالك، راجع نصب الراية جـ٣ ص٣٢٨ كتاب الحدود، سنن الدارقطنى جـ٢ ص٣٥٠ كتاب الحدود وقال عنه فإن أبا بكر ضعيف وعلى بن أبى طلحة لم يدرك كعباً.

فينفيه عنه الطبع، وكذا بالكافرة، لأن طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة(١).

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن الإسلام ليس شرطاً فى الإحصان، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر قال: جاء اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما(٢).

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ رجم اليهوديين اللذين زنيا، ولو كان الإسلام شرطاً فى الإحصان لما رجمهما.

---

(١) راجع أدلة هذا المذهب فى بدائع الصنائع جـ٩ ص٤١٦٠، المبسوط جـ٩ ص٢٩، حاشية ابن عابدين جـ٤ ص١٦، بداية المجتهد جـ٢ ص٤٣٦، القوانين الفقهية ص٣٧٤، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٦ ص٤٣٦.

(٢) وقصة رجم اليهوديين رواها ابن عمر رضى الله عنهما فقال جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله ﷺ ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم فقال نفضحهم ويجلدون فقال عبدالله بن سلام كذبتم إن فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم ثم قرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبدالله بن سلام ارفع يدك فرفع يده فإذا فيها آية الرجم فقال صدقت يا محمد فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما، راجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٢ ص٣٦ باب رجم اليهود كتاب الحدود، سنن الترمذى جـ٥ ص٢١٤ باب ما جاء فى رجم أهل الكتاب.

أجيب عن ذلك:

بأن الرسول- صلى الله عليه وسلم- رجم من زنى من اليهود بحكم التوراة، ألا ترى أنه دعا بالتوراة، وبابن صوريا الأعور، وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا فى كتابهم الرجم، فرجمهما وقال أنا أحق من أحيا سنة أماتوها، وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها، فدل على أنه إنما رجمهما بحكم التوراة، ولم يكن الإحصان شرطاً فى الرجم بحكم التوراة.

رد على ذلك:

بأن النبى ﷺ حكم عليهم بما أنزل الله عليه، بدليل قوله تعالى "فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا(١)"، ولأنه لا يسوغ للنبى ﷺ الحكم بغير شريعته، ولو ساغ ذلك لساغ لغيره، وإنما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم، وأنهم تاركون لشريعتهم مخالفون لحكمهم.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن اشتراط الإسلام للزجر عن الزنا، والدين المطلق يصلح للزجر عنه، لأن الزنا حرام فى الأديان كلها، كما أن اشتراط الاسلام لمعنى التغليظ، لأن الكفر أليق بهذا من الإسلام، فالإسلام للتخفيف والعصمة، والكفر من دواعى التغليظ فإذا كانت هذه

(١) سورة المائدة من الآية ٤٨.

العقوبة تقام على المسلم بإرتكاب هذه الفاحشة، فعلى الكافر أولى(١).

هذا: وبعد عرض مذاهب العلماء وأدلة كل فريق، أرى ترجيح مذهب من قال بأن الإسلام ليس شرطاً فى الإحصان، حتى لا يتخذه الذمى ذريعة لإرتكاب ما حرم الله، طالما لم يقم عليه الحد.

(١) راجع أدلة المذهب الثانى فى المجموع جـ٢ ص١٤، المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٤٠، المبسوط جـ٩ ص٢٩، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٦ ص٤٢.

المسألة العاشرة

"قتل الذكر بالأنثى"

لا خلاف بين العلماء في قتل الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى، للنص على ذلك في الآية الكريمة في قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى(١)".

فإن الآية مبينة لحكم النوع إذا قتل نوعه، وليس في هذا خلاف، وإنما الخلاف وقع بينهم في قتل المسلم بالذمي، والحر بالعبد، والذكر بالأنثى، والجماعة بالواحد، ونظراً لوجود تشابه بين هذه المسائل وأدلتها، فإنني سوف أذكر الخلاف في مسألتين فقط من هذه المسائل:

الأولى: في قتل الذكر بالأنثى.

والثانية: في قتل الجماعة بالواحد.

ففي قتل الذكر بالأنثى وقع خلاف بين العلماء، وسبب خلافهم يرجع إلى خلافهم في فهم المراد من قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس(٢)".

والخطاب وارد في غير شريعتنا، فهل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا؟ فإذا قتل الرجل الحر المسلم المرأة الحرة المسلمة عمداً، فهل يقتل بها أم لا؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما:

---

(١) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٢) جزء من الآية ٤٥ من سورة المائدة.

المذهب الأول:

وعليه الأئمة الأربعة، وعامة أهل العلم، وهو مروى عن على، وعمر بن عبد العزيز، والنخعى، والشعبى، والزهرى، وأهل المدينة، ونقل عن كثير من الصحابة، وهم يرون قتل الذكر بالأنثى إذا قتلها عمداً، ولا يرون الرجوع بفضل الديات إلا ما نقل عن على، وعطاء من القول بقتل الرجل بالمرأة، ولكن يعطى أولياؤه نصف الدية، لأن عقلها نصف عقله، فإذا قتل بها بقى له بقية، فاستوفيت ممن قتله(1)

المذهب الثاني:

وعليه الحسن البصرى، وهو مروى عن ابن عباس، وجماعة، وحكاه عنهم القاضى أبو الوليد فى المنتقى، والخطابى فى معالم السنن وضعفه، وأصحاب هذا المذهب يرون أنه لا يقتل الذكر بالأنثى(2).

الأدلـــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

---

(1) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد جـ2 ص400، بدائع الصنائع جـ10 ص4627؛ المغنى لابن قدامة جـ8 ص296، المجموع شرح المهذب جـ18 ص354، تفسير القرطبى جـ1 ص248.

(2) راجع هذا المذهب فى المراجع السابقة.

١- قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص(١) ".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى جعل النفس تقتل بالنفس، لا فرق بين ذكر وأنثى، لعموم الآية.

٢- واستدلوا أيضاً بقوله تعالى "ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون(٢) ".

وجه الدلالة:

أن الآية الكريمة أفادت أن من قتل إنساناً عمداً يقتل به قصاصاً، لا فرق بين الذكر والأنثى.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما رواه أبو بكر محمد بن حزم عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان، وأن الرجل يقتل بالمرأة (٣) ". وهو كتاب مشهور عند أهل العلم، متلقى بالقبول عندهم.

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٢) سورة البقرة الآية ١٧٩.

(٣) هذا الحديث رواه ابن حجر فى تلخيصه والصنعانى فى سبله من طريق عمرو بن حزم راجع تلخيص الحبير جـ٣ ص٢١ باب ما يجب به القصاص، سبل السلام جـ٣ ص٢٤٤.

وأيضاً روى عن النبى ﷺ أنه قتل يهوديا رض رأس جارية من الأنصار(١) .

وجه الدلالة:

أن الحديث الأول دل على أن الرجل يقتل بالمرأة، رعاية للمصلحة ومنعاً لإراقة الدماء، ولأنه إذا لم يقتل الرجل بالمرأة لحدث التقاتل بين النساء والرجال، ولما كان هناك قصاص، وفى ذلك ضرر عظيم، والحديث الثانى أفاد بفعله- صلى الله عليه وسلم- قتل الرجل بالمرأة عندما قتل رجلاً يهودياً قتل امرأة من الأنصار، والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة التى تقتضى ذلك.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن الذكر والأنثى شخصان يحد كل منهما بقذف صاحبه، فيقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين، ولا يجب مع القصاص شئ، لأنه قصاص واجب، فلم يجب معه شئ على المقتص، كسائر القصاص وخلاف الإبدال لاعبره به فى القصاص، بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد(٢) .

---

(١) هذا الحديث رواه البخارى فى صحيحه من طريق أنس بن مالك راجع فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ١٢ ص١٩٨ كتاب الديات باب الإقرار فى الحدود حديث رقم ٦٨٧٦، ٦٨٧٧.

(٢) راجع أدلة المذهب الأول فى المغنى لابن قدامة جـ٨ ص٢٩٦، بدائع الصنائع جـ١٠ ص٤٦٢٧، المجموع شرح المهذب جـ١٨ ص٣٥٤، تفسير القرطبى جـ١ ص٢٤٨، بداية المجتهد جـ٢ ص٤٠٠.

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن الذكر لا يقتل بالأنثى بالكتاب، هاك بيان هذا الدليل.

دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شئ فإتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم(١)".

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى بين أن القصاص واجب بين المرأتين إذا قتلت إحداهما الأخرى، فإذا قتل الرجل المرأة فلا قصاص بينهما، بل تجب عليه الدية.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا معارض بما ذكرناه فى المذهب الأول من العمومات الواردة فى قتل الرجل بالأنثى(٢).

هذا: وبعد عرض لأقوال العلماء وأدلة كل قول، أرى ترجيح المذهب الأول القائل بقتل الذكر بالأنثى، رعاية للمصلحة ودفعاً للجريمة، وحفاظاً على الأرواح.

---

(١) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٢) راجع أدلة المذهب الثانى فى بدائع الصنائع جـ١٠ ص٤٦٢٨، المغنى لابن قدامة جـ٨ ص٢٩٦ وما بعدها، المجموع شرح المهذب جـ١٨ ص٣٥٥، تفسير القرطبى جـ١ ص٢٤٩، بداية المجتهد جـ٢ ص٤٠٠ وما بعدها

المسألة الحادية عشرة

فى "قتل الجماعة بالواحد"

اختلف العلماء فى قتل الجماعة بالواحد على مذهبين، هـاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه مالك، والشافعى، وأبو حنيفة، وهو مروى عن عمر، وعلى، والمغيرة بن شعبة، وسعيد بـن المسيب، وعطـاء، وقتـادة، وأصحاب الرأى، وجمهور فقهاء الأمصار، وهـم يـرون أنـه تقتـل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا فـى قتلـه، وهـو أن يجنـى كـل واحد منهم جنايـة لـو انفـرد بهـا ومـات أضيـف القتـل إليـه، ووجـب القصاص عليه(١).

المذهب الثانى:

وعليه الإمام أحمد، وهو مروى عن ابن الزبير، والزهرى، وابن سيرين، وحبيب بن أبى ثابت، وداود، وابـن المنـذر، وحكـى عن ابن عباس، وهم يرون أنه لا تقتـل الجماعـة بـالواحد، وتجـب عليهم الدية، وروى عن معاذ بن جبل وغيره أنه يقتل منهم واحـد، ويؤخذ من الباقى حصصهم من الدية(٢).

---

(١) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد جـ٢ ص٣٩٩، المجموع شـرح المهـذب جـ١٨ ص٣٦٧، بدائع الصنائع جـ١٠ ص٤٦٢٨، تفسير القرطبى جـ١ ص٢٥١.

(٢) راجع المذهب الثانى فى المراجع السابقة، المغنى لابن قدامة جـ٨ ص٢٩٠.

الأدلـــــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بقتل الجماعة بالواحد بالأثر والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة.

أولاً: دليلهم من الأثر:

استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بمايلى:

١- ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعاً(١) .

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- لو علم الجماعة أنهم إذا قتلوا الواحد لم يقتلوا، لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم بالاشتراك فى قتلهم، وبلغوا الأمل فى التشفى، فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص، وفيه تفويت ما شرع الله(٢) ، قال تعالى "ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون(٣) ".

وروى الترمذى عن سعيد أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم- قال "لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا فى دم مؤمن لأكبهم الله فى النار(٤) ".

---

(١) راجع فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ١٢ ص٢٢٧ كتاب الديات باب إذا أصاب قوم من رجل حديث رقم ٦٨٩٦.

(٢) راجع أدلة هذا المذهب فى بدائع الصنائع جـ١٠ ص٤٦٢٨، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٩٩، المجموع شرح المهذب جـ١٨ ص٣٦٧، تفسير القرطبى جـ١ ص٢٥١.

(٣) سورة البقرة الآية ١٧٩.

(٤) هذا الحديث رواه الترمذى فى سننه من طريق أبى سعيد الخدرى راجع سنن الترمذى جـ٤ ص١٧، كتاب الديات باب الحكم فى الدماء وقال عنه حديث غريب.

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأنه لا تقتل الجماعة بالواحد، بالكتاب والمعقول هاك بيانها:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس(١) "، وقوله تعالى "الحر بالحر(٢) ".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى سوى بين الأنفس فى القصاص، ولا مساواة فى قتل الجماعة بالواحد.

أجيب عن ذلك:

بأن المراد بالقصاص فى الآية قتل من قتل، كائنا من كان، رداً على العرب التى كانت تريد أن تقتل بمن قتل من لم يقتل، وتقتل فى مقابلة الواحد مائة، افتخاراً واستظهاراً بالجاه والمقدرة، فأمر الله تعالى بالعدل والمساواة.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن مقتضى المساواة والعدل أن لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة، لأن التفاوت فى الأوصاف يمنع، بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد، فالتفاوت فى العدد أولى، وقال ابن المنذر: ولا حجة مع من أوجب قتل الجماعة بالواحد.

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٢) جزء من الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

أجيب عن ذلك:

إن القصاص عقوبة للواحد على الواحد، فوجبت للواحد على الجماعة، كحد القذف، وبفارق الدية، فإنها لا تتبعض، والقصاص لا يتبعض، ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك لأدى إلى التسارع إلى القتل به، فيؤدى إلى إسقاط حكمة الردع والزجر(١).

هذا: وبعد عرض المذهبين وأدلة كل مذهب، أرى ترجيح مذهب الجمهور القائل بأن الجماعة تقتل بالواحد، للمصلحة العامة، حتى لا يتخذه الناس ذريعة لقتل أعدائهم، ويفلتون من العقاب، وتعم الفوضى، وفى ذلك ضرر عظيم.

---

(١) راجع المراجع السابقة، المغنى لابن قدامة جـ٨ ص٢٩٠.

المسألة الثانية عشرة

"الجعل والجعالة"

الجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها، مثل مشارطة الطبيب على البرء، والمعلم على الحذق، والناشد على وجود العبد الأبق.

وفى المجموع الجعالة: هى أن يبذل الجعل لمن عمل له عملاً، من رد ضالة، ورد آبق، وبناء حائط، وخياطة ثوب، وكل ما يستأجر عليه من الأعمال(١)، والفرق بين الإجارة والجعالة: أن الإجارة يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين، والجعالة يتقدر فيها الجعل، والعمل غير مقدر(٢).

فمثل هذه الأمور مظنون حصولها، وليست متحققة الحصول، إذ ربما يحدث البرء بيد الطبيب، وقد لا يحدث، وايضاً فقد يحدث التعليم بيد المعلم وقد لا يحدث.

وقد يجد الباحث عن العبد الآبق وقد لا يجده، ومثل هذه العقود اختلف العلماء فيها، وسبب اختلافهم يرجع إلى قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم(٣)".

وهذه الآية من شرع من قبلنا، فهل شرعهم شرع لنا أم لا؟ والملاحظ هنا أن الحنفية قد خالفوا مذهبهم فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بعدم جواز الجعالة، والشافعية أيضاً قد خالفوا مذهبهم

---

(١) راجع المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص١١٣.

(٢) راجع أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٠٩٦.

(٣) سوة يوسف الآية ٧٢.

فى عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بجواز الجعالة، وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من العلماء، وهم يرون جواز الجعل والجعالة، غير أن الإمام مالكاً أجاز ذلك بشرطين:

أحدهما: أن لا يضرب لذلك أجلاً.

والثانى: أن يكون الثمن معلوماً، وأن الجعل لا يستحق شئ منه إلا بتمام العمل، وأنه ليس بعقد لازم(١) .

المذهب الثانى:

وعليه أبو حنيفة وأصحابه، وهم يرون عدم جواز الجعالة(٢) .

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بجواز الجعل والجعالة بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم(٣) ".

---

(١) راجع هذا المذهب فى المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص١١٣، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٧٤، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٣٥، حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء جـ٥ ص٤٦، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٠٩٦ وما بعدها.
(٢) راجع هذا المذهب فى بدائع الصنائع جـ٦ ص٥٧٩، الهداية جـ٧ ص١١٨، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٣٥ وما بعدها.
(٣) سورة يوسف الآية ٧٢.

وجه الدلالة:

أن يوسف- عليه السلام- جعل حمل البعير لمن يأتى بصواع الملك، وهذا الجعل- وهو حمل البعير- على أمر مظنون، قد يتحقق وقد لا يتحقق، وهو إيجاد صواع الملك.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما رواه أبو سعيد الخدرى أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا هل فيكم راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل، أو تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من شاة، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويتفل، فبرأ الرجل، فآتوهم بالشاة، فقالوا لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ، فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال: "ما أدراك إنها رقية خذوها واضربوا لى فيها بسهم(١)".

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ أجاز من جعل للراقى جعلاً، ولولا أن الجعالة جائزة لما أجازها رسول الله ﷺ.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

---

(١) هذا الحديث رواه البخارى فى صحيحه وأبو داود فى سننه من طريق أبى سعيد الخدرى راجع صحيح البخارى بشرح فتح البارى جـ٩ ص٥٤ حديث رقم ٥٠٠٧ كتاب فضائل القرآن باب فضل فاتحة الكتاب سنن أبى داود جـ٤ ص١٧ كتاب الطب باب ما جاء فى الرقى حديث رقم ٣٩٠٠.

١- إن الحاجة تدعو إلى ذلك، من رد ضالة وآبق، وبناء حائط، وخياطة ثوب، فجاز ذلك، كالإجارة والمضاربة، وقد كانت الإجارة والجعالة قبل الإسلام، فأقرتهما الشريعة ونفت عنهما الغرر والجعالة(١) ".

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بعدم جواز الجعالة، بالمعقول هاك بيان هذا الدليل:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن الجعالة فيها من الغرر ما يفسدها، قياساً على سائر الإجارات، لأنها عقد على منفعة مجهولة فلا تصح.

وفى هذا المعنى قال صاحب الهداية: ولا تصح الإجارة حتى تكون المنفعة معلومة، والأجرة معلومة، وذلك لأن الجهالة فى المعقود عليه تفضى إلى المنازعة فلا تصح(٢) .

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق، أرى ترجيح مذهب من قال بجواز الجعالة، لقوة أدلتهم وضعف أدلة من خالفهم.

---

(١) راجع أدلة هذا المذهب فى بداية المجتهد جـ٢ ص٢٣٥ ومابعدها، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٧٤، المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص١١٣، أحكام القرآن لابن العربى جـ٣ ص١٠٩٦ وما بعدها، حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء جـ٥ ص٤٦.

(٢) راجع دليل المذهب الثانى فى بدائع الصنائع جـ٦ ص٥٧٩، الهداية جـ٧ ص١١٨.

المسألة الثالثة عشرة

فى "إجبار البكر البالغة على الزواج من غير استئمار"

اختلف العلماء فى إجبار البكر البالغة على النكاح من جانب الولى من غير استئمار، وسبب خلافهم يرجع إلى قوله تعالى فى قصة سيدنا موسى وشعيب- عليهما السلام- "إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج(١)"، وهذه الآية مسوقة لبيان ما كان فى شرع الأنبياء السابقين، فمن قال شرع من قبلنا شرع لنا، قال: للأب أن يزوج ابنته البكر البالغة من غير استئمار، أى للولى إجبارها على الزواج، ومن قال شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا قال: إذا بلغت الصغيرة لا يجبرها الولى على النكاح.

والملاحظ هنا أن الإمام أبا حنيفة قد خالف مذهبه فى الأخذ بشرع من قبلنا وقال بعدم إجبار البكر البالغة على الزواج، وأيضاً فإن الإمام الشافعى قد خالف مذهبه فى عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وقال بولاية الإجبار على البكر البالغة، تبعاً للإمام مالك فى ذلك، وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه مالك، والشافعى، وأحمد فى إحدى الروايتين عنه، ونقل عن ابن أبى ليلى، واسحاق وغيرهما، وهم يرون أن للولى إجبار البكر البالغة على الزواج من غير استئمار(٢) .

---

(١) سورة القصص الآية ٢٧.

(٢) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد جـ٢ ص٥ وما بعدها، مغنى المحتاج جـ٣ ص١٤٩ وما بعدها، للمغنى لابن قدامة جـ٧ ص٤٠، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٧ ص٢٠٩، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧١، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٤٧.

المذهب الثانى:

وعليه أبو حنيفة، وأحمد فى الرواية الأخرى عنه، ونقل عن الثورى، والأوزاعى، وأبى ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأى، وهم يرون أنه إذا بلغت الصغيرة فلا يزوجها احد إلا برضاها، لأنها بلغت حد التكليف، فلابد من اعتبار رضاها(١) .

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بولاية الإجبار بالكتاب والسنة والمعقول هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى" "هاتين"(٢) .

وجه الدلالة:

يقول القرطبى: وهذه الآية تدل على أن للأب أن يزوج ابنته البكر البالغة من غير استئمار، وبه قال مالك، واحتج بهذه الآية، وهو ظاهر قوى فى الباب.

---

(١) راجع هذا المذهب فى فتح القدير جـ٣ ص٢٦٠، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٤٠، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧١، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٤٧ وما بعدها، مغنى المحتاج جـ٣ ص١٤٩، بداية المجتهد جـ٢ ص٥.

(٢) سورة القصص الآية ٢٧.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما روى عن ابن عباس- رضى الله عنه- أن النبى ﷺ قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها" وفى رواية والبكر يستأمرها أبوها(١) ".

وجه الدلالة:

فإن الحديث أفاد أن الثيب أحق بنفسها من وليها، ولم يجعل البكر أحق بنفسها من وليها كالثيب، وهذا هو الإجبار بعينه.

أجيب عن ذلك:

بأن استفادة كون الثيب أحق بنفسها، وكون البكر ليست أحق بنفسها، علم بالمفهوم وهو ليس بحجة عندنا، ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذى نذكره فيما بعد من رده، ولو سلم فنفس نظم باقى الحديث يخالف المفهوم، وهو قوله ﷺ "البكر يستأمرها أبوها" إذ وجوب الاستئمار مناف للإجبار، لأنه طلب الأمر أو الأذن، وفائدته الظاهرة أن يستعلم رضاها أو عدمه، فيعمل على وفقه.

---

(١) هذا الحديث رواه مسلم وأبو داود وابن ماجة من طريق ابن عباس: راجع صحيح مسلم بشرح النووى جـ٩ ص٢٠٥ باب استئذان الثيب فى النكاح، وسنن أبى داود جـ٢ ص٢٣٢ حديث رقم ٢٠٩٨ باب فى الثيب كتاب النكاح، سنن ابن ماجة جـ١ ص٦٠١ حديث رقم ١٨٧٠ كتاب النكاح باب استئذان البكر والثيب.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إلحاق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة فى ثبوت ولاية إجبارها فى النكاح، بجامع الجهل بأمر النكاح وعاقبته، كما أن البكر لم تمارس الرجال بالوطء، فهى شديدة الحياء، والولى يحتاط لموليته، لخوف العار وغيره.

أجيب عن ذلك:

بأنا نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة فى الأصل، بل هو معلوم الإلغاء، للقطع بجوازه عند البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة، مع أن الجهل منتف، لأنه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه(١).

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأنه ليس للأب أو الولى ولاية الإجبار على البكر البالغة فى النكاح، بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما رواه أبو داود وغيره أن رسول الله ﷺ قال "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها(٢) ".

---

(١) راجع أدلة هذا المذهب وما أجيب به فى معنى المحتاج جـ٣ ص١٤٩ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٤٠، بداية المجتهد جـ٢ ص٥ وما بعدها، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٧ ص٢٠٩، فتح القدير جـ٣ ص٢٦٠، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧١، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ١٤٧٧.

(٢) سبق تخريج الحديث.

وجه الدلالة:

أن الأيم من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً، والاستئمار معناه طلب الأمر منها وهو الأذن، فيكون استئذانها أمراً ضرورياً، فلا يصح أن تزوج إلا برضاها.

٢- ما رواه النسائى عن عائشة -رضى الله عنها- أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبى زوجنى من ابن أخيه ليرفع خسيسته، وأنا كارهة، فقالت: اجلسى حتى يأتى رسول الله ﷺ فجار رسول الله ﷺ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبى، وإنما أردت أن أعلم الناس أن ليس للأباء من الأمر شئ(١) .

وجه الدلالة:

أن الحديث أفاد بعمومه أن المباشرة ليست حقاً ثابتاً للولى بل هى ثابته إستحباباً وفيه دليل من جهة تقريره ﷺ لقولها وهو يدل على أن البكر البالغة لا تزوج إلا برضاها.

أجيب عن ذلك:

بأن الحديث مرسل من حديث ابن أبى بردة، والمرسل ليس بحجة، كما أن الحديث محمول على عدم الكفاءة بين الزوجين، فخيرها الرسول ﷺ بناءً على ذلك.

---

(١) هذا الحديث رواه النسائى فى سننه من طريق عائشة رضى الله عنها. راجع سنن النسائى جـ٦ ص٨٧ كتاب النكاح باب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة.

رد على ذلك:

بأن المرسل حجة، وإن قلنا بأنه ليس بحجة كما تقولون فإن الحديث مسند وليس مرسلاً وحمله على عدم الكفاءة خلاف الأصل، مع أن العرب إنما يعتبرون فى الكفاءة النسب، والزوج كان ابن عمها.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن البكر البالغة حرة مخاطبة، فلا يكون للغير ولاية عليها، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها، وقد كمل بالبلوغ، فلا ولاية له أن يتصرف فى أقل شئ من مالها إلا بإذنها وكل المال دون النفس، فكيف يملك أن يخرجها قسراً إلى من هو أبغض الناس إليها؟ ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك(١).

وبعد هذا العرض لما قاله الفريقان وأدلة كل فريق، أرى ترجيح قول من قال بولاية الإجبار، لأن البكر ليس لها خبرة بالرجال، وحياؤها يمنعها من ذلك.

---

(١) راجع أدلة المذهب الثانى وما أجيب به فى فتح القدير جـ٣ ص٢٦٠، المغنى لابن قدامة جـ٧ ص٤٠، مغنى المحتاج جـ٣ ص١٤٩، بداية المجتهد جـ٢ ص٥ ، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧١ وما بعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ١٤٧٧وما بعدها.

المسألة الرابعة عشرة

"صحة ضمان المجهول"

وضمان المجهول: كقولك: ما أعطيته فهو علي، أو أنا ضامن من مالك على فلان، أو ما يقضى به عليه، أو ما تقوم به البينة، أو ما يقر به لك، أو ما يخرج من بستان نخلك.

وهنا اختلف العلماء فى صحة هذا الضمان، وسبب خلافهم يرجع إلى فهم المراد من قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم(١)".

فهذه الآية مسوقة لبيان شرع من قبلنا، فمن قال شرع من قبلنا شرع لنا، قال بصحة ضمان المجهول، ومن قال: ليس شرعاً لنا قال بعدم الصحة، وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه مالك، وأبو حنيفة، وأحمد، ونقل عن الثورى، والأوزاعى، وهم يرون صحة ضمان المجهول(٢).

المذهب الثانى:

وعليه الشافعى، وابن أبى ليلى، والليث، وابن المنذر وغيرهم، وهم يرون أنه لا يصح ضمان المجهول(٣) .

---

(١) سورة يوسف الآية ٧٢.

(٢) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٢ ومابعدها، فتح القدير جـ٧ ص١٧١، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٧٢ ومابعدها.

(٣) راجع هذا المذهب فى المجموع شرح المهذب جـ١٤ ص٥ وما بعدها.

الأدلـــــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهـم القـائل بصحـة ضمان المجهول بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم(١) ".

وجه الدلالة:

أن سيدنا يوسف- عليـه السلام- ضمـن لمـا جـاء بصـواع الملك أن يعطيه حمل بعـير، وحمـل البعـير مجهـول غـير معلـوم، فصح ضمان المجهول.

أجيب عن ذلك:

بأن حمل البعير كان معيناً معلوماً عندهم، كالوسـق، فصـح ضمانـه، بخلاف المجهـول، غـير أن بـذل مـال للسـارق لا يجـوز، فلعله كان يصح فى شرعهم أو كان هذا جعالة.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- قوله ﷺ "الزعيم غارم(٢) ".

---

(١) سورة يوسف الآية ٧٢.

(٢) هذا الحديث رواه الترمذى فى سننه وابن ماجة وأحمد من طريق أبى أمامة الباهلى. راجع سنن الترمذى جـ٤ ص٤٣٣ كتاب الوصايا بـاب لا وصيـة لـوارث، سنن ابن ماجة جـ٢ ص٨٠٤ كتاب الصدقات باب الكفالة، مسند أحمد جـ٥ ص٢٦٧.

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ جعل الضامن والكفيل ضامناً مطلقاً، سواء كانت الكفالة بالمال أو البدن، فصح الضمان، وإن كان المكفول به مجهول المقدار.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايأتي:

١- إن الكفالة التزام حق فى الذمة من غير معارضة، فصح فى المجهول كالنذر والإقرار، وهى مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة(١).

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بعدم صحة ضمان المجهول بالمعقول هاك بيان هذا الدليل:

إن الكفالة التزام، فلا يصح مجهولاً، كالثمن فى البيع، لوقوع المماكسات فى مبادلة المال بالمال، والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله تعالى أو رفع الضيق، فلا يبالى بما التزم فى ذلك(٢).

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق، أرى ترجيح قول من قال بصحة ضمان المجهول لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين لهم.

---

(١) راجع أدلة هذا المذهب فى المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٧٢ وما بعدها، فتح القدير جـ٧ ص١٧١، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٢ وما بعدها.

(٢) راجع دليل المذهب الثانى فى المجموع شرح المهذب جـ١٤ ص٥ وما بعدها.

المسألة الخامسة عشرة

"الكفالة بالنفس"

والمراد بالكفالة بالنفس هو ما يسمى بضمان الوجوه، وهو الالتزام بالإتيان بالغريم الذى عليه الدين وقت الحاجة إليه(١).

وقد اختلف العلماء فى المسألة، وسبب خلافهم يرجع إلى خلافهم فى فهم المراد من قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم(٢)".

فمن قال: شرع من قبلنا شرع لنا، قال بجواز الكفالة بالنفس، ومن قال: شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا، قال بعدم جوازها، وقد اختلف العلماء فى ذلك على مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه مالك، وأحمد، وأبو حنيفة، والشافعى فى أحد قوليه، وهو مروى عن أكثر أهل العلم، وفقهاء الأمصار، والثورى، وشريح، والليث وغيرهم، وهم يرون جواز الكفالة بالنفس(٣) .

المذهب الثانى:

وعليه الشافعى فى قوله الآخر، وداود الظاهرى، وغيرهما، وهم يرون أن الكفالة بالنفس لا تجوز، ونقل عن الإمام

---

(١) راجع المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٩٤.

(٢) سورة يوسف الآية ٧٢.

(٣) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٥، بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٤٠٨، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٩٥، الهداية جـ٣ ص٨٧، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٠٩٥ وما بعدها، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٥ ص١٤٤ وما بعدها.

الشافعي في بعض أقواله: أن الكفالة بالبدن ضعيفة، واختلف أصحابه: فمنهم من قال: هي صحيحة قولاً واحداً، وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس، لأن الشخص الحر لا يدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه، هذا هو تحقيق مذهب الشافعي، بخلاف ما تذكره كتب الحنفية من أن الشافعية قالوا: المذهب صحة الكفالة بالنفس أو البدن[1] .

الأدلـــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بجواز الكفالة بالنفس، بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلي:

١- قوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم[2] ".

وجه الدلالة:

فإن هذه الآية نص في جواز الكفالة، فإذا قال: أنا زعيم، فمعناه: انا ملتزم، فإنه فعل نبي، ولا يكون إلا شرعاً.

وقال القاضي أبو اسحاق: ليس هذا من باب الكفالة، فإنها ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان، وإنما هو التزم عن نفسه وضمن عنها، وذلك جائز لغة لازم شرعاً.

---

(١) راجع هذا المذهب في المجموع شرح المهذب جـ١٣ ص٤٨٨ وما بعدها، المحلى لابن حزم جـ٨ ص١١٠ وما بعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربي جـ٣ ص١٠٩٥ ومابعدها، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٥، الفقه الإسلامي للدكتور وهبه الزحيلي جـ٥ ص١٤٤ وما بعدها.

(٢) سورة يوسف الآية ٧٢.

وقد علق ابن العربي على ما قاله القاضي بقوله: وهذا صحيح، بيد أن الزعامة فيه نص، فإذا قال: أنا زعيم، فمعناه أني ملتزم، وأي فرق بين أن يقول: ألتزمه عن نفسي، أو التزمت عن غيري.

٢- قوله تعالى "قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم(١) ".

وجه الدلالة:

أن الآية نص في جواز الكفالة بنوعيها بالمال والنفس.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلي:

١- ما روى أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة، فقال: ألا أن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، ولا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها، والعارية مؤداه، والمنحة مردودة، والدين مقضي والزعيم غارم(٢) ".

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ جعل الضامن والكفيل ضامناً مطلقاً، سواء كانت الكفالة بالمال أو البدن، ولولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لما جعله رسول الله ﷺ غارماً.

وفي هذا المعنى يقول ابن قدامة: وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم، سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً.

---

(١) سورة يوسف من الآية ٦٦.

(٢) سبق تخريج الحديث.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

إن الكفالة عقد، وما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال، ولأن الكفيل يقدر على تسليم الأصل، بأن يعلم من يطلبه مكانه، فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى فى التسليم، وأن الحاجة داعيه إلى الاستيثاق بضمان المال والبدن، وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو لم تجز الكفالة بالنفس، لأدى ذلك إلى الحرج وعدم المعاملات المحتاج إليها(١) .

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن الكفالة بالنفس لا تجوز بالكتاب والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده(٢) ".

وجه الدلالة:

أن الكفالة بالنفس مثل الكفالة فى الحدود، والكفالة فى الحدود لا تجوز، فكذلك الكفالة بالنفس.

أجيب عن ذلك:

أن الكفالة بالنفس لا تشبه الكفالة فى الحدود، لأن الكفالة وثيقة، وحدود الله لا يستوثق بها، لأنها تسقط بالشبهات.

---

(١) راجع أدلة المذهب الأول فى بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٤٠٨ ومابعدها، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٥، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٩٥ وما بعدها، الهداية جـ٣ ص٨٧، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٠٩٥، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٥ ص١٤٤ وما بعدها.

(٢) سورة يوسف الآية ٧٩.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

بأن الحر لا يدخل تحت اليد، ولا يقدر الكفيل على تسليمه، فلا تصح الكفالة بها، لأنها لا تحقق الغرض منها، وهو تسليم المكفول به، ولأنها ضمان عين فى الذمة بعقد، فلا يصح كالسلم فى ثمرة نخلة بعينها، ولا يخفى ما فيها من الغرر الذى لا يدرى هل يجحده أم لا؟

أجيب عن ذلك:

بأن هذا غير مسلم، إذ المشاهد بيننا أن كثيراً من الوجهاء يمكنهم التكفل بإتيان شخص معين ويتقيد بذلك(١) .

وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق، أرى أن القول بصحة الكفالة بالنفس هو المختار، لقوة دليله، ولما يترتب عليه من التوسع فى باب الكفالة، حتى يتيح فرصة امكانية التكفل بالنفس لمن لا يملك المال، وفى ذلك دفع للحرج عن المحتاجين.

---

(١) راجع أدلة المذهب الثانى فى المجموع جـ١٣ ص٤٨٨ وما بعدها، المحلى لابن حزم جـ٨ ص١١٠ وما بعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٠٩٥ وما بعدها، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ٥ ص١٤٤ وما بعدها، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٩٥.

المسألة السادسة عشرة

"مشروعية الإجارة"

اختلف العلماء فى جواز الإجارة، وإن كان المخالف فى عدم الجواز لا وجه لقوله، وخلافه ضعيف، إلا أننى آثرت أن أذكره، لأن الإجارة كانت عند أصحاب الشرائع السابقة مشروعة معلومة، وقد اختلف العلماء فى ذلك على مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من العلماء قديماً وحديثاً، سلفاً وخلفاً، وهم يرون جواز الإجارة، لأنها من ضرورة الخليقة، ومصلحة الخلطة بين الناس(١).

المذهب الثانى:

وعليه أبو بكر الأصم، وابن عليه، وهما يريان أن الإجارة لا تجوز، وقد علق القرطبى فى تفسيره على هذا المذهب بعد ذكره الجواز بقوله: خلافاً للأصم حيث كان عن سماعها أصم(٢)

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بالجواز بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

---

(١) راجع هذا المذهب فى بدائع الصنائع جـ٥ ص٢٥٥٤ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٣٢١ وما بعدها، المجموع جـ١٥ ص٥، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٢٠ وما بعدها، فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ٤ ص٤٤٤ وما بعدها ط دار الفكر باب من استأجر أجيراً، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٧٢، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧١، بلوغ المراد من جمع أدلة الأحكام جـ٣ ص٨٠ وما بعدها.

(٢) راجع هذا المذهب فى المراجع السابقة.

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين قال إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج(١) ".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى ذكر أن نبياً من أنبيائه أجر نفسه حججاً مسماه ملك بها بضع امرأة، وهذا دليل على صحة الإجارة وجوازها، وما قصة الله تعالى علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ، يصير شريعة لنا ويلزمنا العمل به.

٢- قوله تعالى "فوجدا فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً(٢) ".

وجه الدلالة:

فى الآية الكريمة دليل على جواز أخذ الأجرة على إقامة الجدار، وأخذ الأجرة دليل على جواز الإجارة.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما رواه ابن ماجة فى سننه عن عتبة بن الندر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ "طسم" حتى بلغ قصة موسى فقال: إن

(١) سورة القصص الآية ٢٦، جزء من الآية ٢٧ من نفس السورة.

(٢) سورة الكهف الآية ٧٧.

موسى- عليه السلام- أجر نفسه ثماني حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه(١) ".

وجه الدلالة:

ففى الحديث دلالة على جواز الإجارة، وهذا فعل نبى، وفعله يكون شرعاً، لأنها لو لم تكن جائزة لما فعلها سيدنا موسى- عليه السلام-.

٢- ما رواه البخارى عن أبى هريرة- رضى الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: قال الله عز وجل: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه حقه(٢) ".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أخبر فى هذا الحديث بأنه خصم لمن يستأجر أجيراً ويستوفى منه العمل ولم يعطه الأجر، فهو آكل لماله بالباطل مع تعبه وكده.

ثالثاً: دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب من الإجماع بمايلى:

---

(١) هذا الحديث رواه ابن ماجة فى سننه من طريق عتبه بن الندر، راجع سنن ابن ماجة، جـ٢ ص٨١٧ حديث رقم ٢٤٤٤ كتاب الرهون باب إجارة الأجير على طعام بطنه وقال فى إسناده ضعف.

(٢) هذا الحديث رواه البخارى من طريق أبى هريرة راجع فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ٤ ص٤١٧، كتاب البيوع باب إثم من باع حراً، رواه ابن ماجة من نفس الطريق راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص٨١٦ حديث رقم ٢٤٤٢ كتاب الرهون باب أجر الإجراء.

١- أجمعت الأمة فى كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، حيث كانوا يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة- رضى الله عنهم- إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ بخلاف من خالف فى ذلك لأنه خلاف الإجماع.

رابعاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن الله تعالى شرع العقود لحاجة الناس، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة، لأن كل واحد ليس له دار مملوكة يسكنها، أو أرض مملوكة يزرعها، أو دآبة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء، لعدم الثمن، ولا بالهبة أو الإعارة، لأن ظروف كل واحد قد لا تسمح بذلك، فيحتاج إلى الإجارة، فجوزت على خلاف القياسِ، لحاجة الناس كالسلم ونحوه.

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بأن الإجارة لا تجوز بالمعقول، هاك بيانه:

١- إن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع الحال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع، فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ فى المستقبل، كإضافة أعيان تؤخذ فى المستقبل، فإذاً لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل، فلا جواز لها رأساً، لتحقق الغرر فيها.

أجيب عن ذلك:

بأن ما ذكر لا يلتفت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة إليها، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها، لأنها تتلف بمضى

الساعات، فلابد من العقد عليها قبل وجودها، كالسلم في الأعيان، ولهذا تبين أن القياس متروك للحاجة إليها، ولو تحقق ما يتصوره الأصم صواباً، لتعطلت الصنائع والمساكن، والمتاجر والمواصلات بكل أنواعها، وهي تستغرق مظاهر الحياة قديماً وحديثاً، لأنها كلها قائمة على المؤاجرات، والمعاوضات على المنافع كالمعاوضات على الأعيان، سواءً بسواء، بل إن المعاوضات على المنافع أوسع مدى وأكثر عدداً، وأشمل مرفقاً، والمنافع المتاحة أوسع آفاقاً من الأعيان والعروض(١).

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان، وأدلة كل فريق، أرى أن الراجح ما عليه الجمهور من العلماء، ولا ينظر إلى قول الأصم وغيره، لأنه كان عن سماعها أصم.

---

(١) راجع الأدلة السابقة في هذه المسألة في المغني لابن قدامة جـ٥ ص٣٢١ وما بعدها، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٢٠ ومابعدها، بدائع الصنائع جـ٥ ص٢٥٥٤، فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ ص٤٤٤ ومابعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربي جـ٣ ص١٤٧٣، المجموع جـ١٥ ص٥، تفسير القرطبي جـ١٣ ص٢٧١، بلوغ المراد من جمع أدلة الأحكام جـ٣ ص٨٠ وما بعدها.

المسألة السابعة عشرة

"حكم جهالة العمل فى الإجارة"

إذا استأجر إنسان أجيراً فبين له الأجل، ولم يبين له العمل. هل يصح ذلك أم لا؟ اختلف العلماء فى ذلك، وسبب خلافهم يرجع إلى خلافهم فى العمل بشرع من قبلنا، فمن قال شرع من قبلنا شرع لنا إذا ورد شرعنا بتقريره، قال بجواز ذلك، ومن قال شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا، قال بعدم الجواز.

والملاحظ هنا أن الحنفية قد خالفوا مذهبهم فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بعدم الجواز كالشافعية، ها نحن نذكر مذاهب العلماء وأدلة كل مذهب مع بيان الراجح، وقد اختلف العلماء فى ذلك على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الجمهور من الشافعية، والحنفية، والحنابلة وغيرهم، وهم يرون أن جهالة العمل أو الخدمة فى الإجارة لا تجوز وتفسد.

فقد جاء فى البدائع: إن جهالة العمل فى الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة، فيفسد العقد، حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعى ونحو ذلك لا يجوز العقد(١).

وفى مغنى المحتاج: ويشترط فى الإجارة أن تكون المنفعة معلومة، فإن كانت مجهولة لم تصح(٢).

وفى المغنى لابن قدامة: استئجار مدة بعينها لعمل بعينه، كإجارة موسى- عليه السلام- نفسه ثمانى حجج لرعى غنم شعيب- عليه السلام-(٣).

---

(١) راجع هذا المذهب فى مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٣٩، بدائع الصنائع جـ٥ ص٢٥٦٩ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٢٤١.

(٢) راجع مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٣٩.

(٣) راجع المغنى لابن قجامة حـ٥ ص٢٤١.

المذهب الثاني:

وعليه الإمام مالك، ومال إليه البخارى، ورجحه ابن العربى ونسبه لجمهور المالكية، وهم يرون أن الخدمة إذا كانت مطلقة فى الإجارة جازت ويحمل على المعروف(١) .

الأدلـــــــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بعدم الجواز، بالمعقول هاك بيانه:

١- إن الإجارة التى لم يسم فيها نوع الخدمة أو المنفعة تؤدى إلى الجهالة والغرر، وهما منهى عنهما، وأن ما علم من الحال لا يكفى فى صحة الإجارة حتى يسمى(٢) .

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم القائل بالجواز، بالكتاب والسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

قوله تعالى "إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج(٣) ".

---

(١) راجع هذا المذهب فى بداية المجتهد جـ٢ ص٢٢٥ وما بعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٧٢، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٥، فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ٤ ص٤٤٤ وما بعدها، ط دار الفكر باب من استأجر أجيراً فبين له المدة ولم يبين له العمل.

(٢) راجع المرجعين السابقين فى رقم ١، ٢.

(٣) سورة القصص الآية ٢٧.

وجه الدلالة:

أنه لم يقع فى سياق القصة المذكورة بيان العمل، وإنما فيه أن موسى أجر نفسه من والد المرأتين، فإنه ذكر إجارة مطلقة، فيحمل على المعروف، ولا يحتاج إلى تسمية الخدمة فى الإجارة.

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما رواه ابن ماجة فى سننه عن عتبة بن النـدر- بضم النون وتشديد المهملة- قال كنا عند رسول الله ﷺ فقال: إن موسى- عليه السلام- آجر نفسه ثمانى سنين أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه(١).

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ ذكر أن سيدنا موسى -عليه السلام- أجر نفسه، ولم يبين نوع الخدمة فى الإجارة من قبل موسى -عليه السلام.

أجيب عن ذلك:

أن المهر كان على شئ معلوم، وهو رعى الغنم فأراد شعيب- عليه السلام- أن يكون رعى غنمه هذه المدة ويزوجه ابنته، فذكر له الأمرين وعلق التزويج على الرعى على وجه المعاهدة لا على وجه المعاقدة، فاستأجره لرعى غنمه بشئ معلوم بينهما، ثم أنكحه ابنته بمهر معلوم بينهما.

(١) سبق تخريج الحديث.

ثالثاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إنه يكفى ما علم من الحال وما قام من دليل العرف، فلا يحتاج إلى التسمية فى الخدمة، والعرف أصل من أصول الملة ودليل من جملة الأدلة.

أجيب عن ذلك:

بأن ما علم من الحال لا يكفى فى صحة الإجارة حتى يسمى[1] .

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان، وأدلة كل فريق، أرى ترجيح مذهب الجمهور القائل بتسمية الخدمة فى الإجارة أو المنفعة، حتى لا تكون هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة.

---

(١) راجع أدلة المذهب الثانى وما أجيب به فى المراجع السابقة، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٢٥ وما بعدها، تفسير القرطبى جـ١٣ ص٢٧٥، فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـ٤ ص٤٤٤ باب من استأجر أجيراً فبين لـه المدة ولم يبين له العمل، أحكام القرآن الكريم لابن العربى جـ٣ ص١٤٧٢.

المسألة الثامنة عشرة

في "الختان"

الختان لغة: ختن الولد من باب ضرب ونصر. تقول: يختن- بكسر التاء وضمها- والمصدر الختن- بسكون التاء- والاسم منه الختان بكسر الخاء ككتاب، والختان موضع الختن من الذكر والأنثى، والختن: القطع، ويطلق على ختان الجارية خفاضاً، ويطلق على ختان كل من الذكر والأنثى غدر وإعذاراً ويطلق على الجلدة التى تقطع فى الختان عذرة- بضم العين(١).

الختان شرعاً: هو قطع جميع الجلدة التى تغطى حشفة ذكر الرجل حتى تتكشف جميع الحشفة، وفى المرأة قطع أدنى جزء من الجلدة التى فى أعلى الفرج، ويسمى ختان الرجل إعذاراً، وختان النساء خفضاً(٢).

هذا: وبعد تعريف الختان لغة وشرعاً، أقول: قد اختلف العلماء فى الختان، وسبب اختلافهم يرجع إلى خلافهم فى ختان سيدنا ابراهيم- عليه السلام- فقد روى أنه اختتن بالقدوم وهو ابن ثمانين سنة، وروى وهو ابن مائة وعشرين سنة(٣) .

---

(١) راجع تعريف الختان لغة فى لسان العرب جـ٢ ص١٥٠، المصباح المنير جـ١ ص١٦٤، مختار الصحاح ص١٦٩ وما بعدها.

(٢) راجع الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ١ ص٣٠٦.

(٣) هذا الحديث رواه البيهقى فى السنن الكبرى من طريق موسى ابن على عن أبيه ورواه الشوكانى من نفس الطريق راجع سنن البيهقى جـ٨ ص٣٢٦، نيل الأوطار جـ١ ص١١١.

ونحن مأمورون بإتباع ملة سيدنا إبراهيم- عليه السلام- فى قوله تعالى "ثم أوحينا إليك أن أتبع ملة ابراهيم حنيفا(١) ".

والآية مسوقة لبيان شرع من قبلنا، فهل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا؟ فمن قال: شرع من قبلنا شرع لنا، قال بوجوب الختان على الرجال والنساء، ومن قال: شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا قال: بأن الختان ليس بواجب.

والملاحظ هنا أن المالكية والحنفية قد خالفوا مذهبهم فى الأخذ بشرع من قبلنا، وقالوا بأن الختان للذكر والأنثى ليس بواجب، وأيضاً: الشافعية قد خالفوا مذهبهم فى عدم الأخذ بشرع من قبلنا، وتمسكوا بشريعة إبراهيم- عليه السلام- هنا وقالوا بوجوب ختان الرجال والنساء.

وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على مذهبين، هاك بيانهما:

المذهب الأول:

وعليه الشافعية على الصحيح من مذهبهم، والحنابلة، والإمامية، والأباضية، والإمام يحيى، والعترة، وسحنون من المالكية، وبه قال كثير من السلف، وهم يرون أن الختان واجب للذكر والأنثى(٢) .

---

(١) سورة النحل الآية ١٢٣.

(٢) راجع هذا المذهب فى المجموع جـ١ ص٢٩٧ وما بعدها، المغنى لابن قدامة جـ١ ص٦٤، كشاف القناع جـ١ ص٨٠، القوانين الفقهية ص١٧٩ وما بعدها، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ١ ص٣٠٦، جـ٣ ص٦٤٢، فتح الرحمن بأحكام الختان للدكتور عبد الحسيب عبدالسلام مجلة كلية أصول الدين بطنطا جـ٢ ص١٠٦٠ وما بعدها طبعة علم ١٩٩٧م.

المذهب الثانى:

وعليه الحنفية، والمالكية، وقول عند الشافعى، وهم يرون أن الختان غير واجب، وإنما هو سنة بالنسبة للذكور، وفى ختان الإناث فى رواية عن الحنفية والمالكية هو سنة فى الإناث مثل الذكور، وفى رواية عنهم وعن الإمام أحمد، وابن حزم، والإمامية والإباضية، وهم يرون أن ختان الأنثى مكرمة، على معنى دون السنة فهو مستحب أو مندوب إليه(١)

الأدلـــــــة

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم بالكتاب والسنة والأثر والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من الكتاب:

استدل أصحاب هذا المذهب من الكتاب بمايلى:

١- قوله تعالى "ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً وما كان من المشركين(٢) ".

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أمرنا أن نتبع ملة إبراهيم- عليه السلام-، فنكون مأمورين بالختان، فيكون الختان واجباً علينا، والدليل على

(١) راجع هذا المذهب فى المبسوط جـ١٠ ص١٥٦، ص١٩٩، الفتاوى الهندية جـ٥ ص٣٥٧، مواهب الجليل جـ٣ ص٢٥٨ وما بعدها، شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ٣ ص٤٧ ط دار الفكر، المغنى لابن قدامة جـ١ ص٦٤، القوانين الفقهية ص١٧٩ وما بعدها، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ١ ص٣٠٦.

(٢) سورة النحل الآية ١٢٣.

أن الختان من ملة ابراهيم قوله عليه السلام "اختتن إبراهيم خليل الرحمن بعد ما أتت عليه ثمانون سنة واختتن(١) بالقدوم(٢) ".

اعترض على ذلك باعتراض من وجهين:

الأول: إنما أمرنا بالتدين بدين إبراهيم- عليه السلام- فما فعله معتقداً وجوبه فعلناه معتقدين وجوبه، وما فعله ندباً فعلناه ندباً، ولم يعلم أنه كان يعتقده واجباً.

أجيب عن ذلك:

بأن الآية صريحة فى إتباعه فيما فعله، وهذا يقتضى إيجاب كل فعل فعله إلا ما قام دليل على أنه سنة فى حقنا كالسواك ونحوه، كما أن الختان من خصال الفطرة وكانت واجبة على إبراهيم- عليه السلام- فكانت واجبة علينا.

الثانى: أن المراد بالملة فى الآية، هو التوحيد وأصول الإيمان، بدليل قوله تعالى فى آخر الآية "وما كان من المشركين" والختان شريعة، وليس من الملة فنكون مأمورين بإتباع إبراهيم فى أصول العقيدة دون الشريعة، والله تعالى يقول "نحن جعلنا منكم شرعة ومنهاجا(٣) ".

أجيب عن ذلك:

بأن الملة شاملة للعقيدة والشريعة معاً، أما أنها شاملة للعقيدة فلقوله تعالى "إنى تركت ملة قوم لا يؤمنون بالله وهم بالآخرة هم كافرون واتبعت ملة آبائى إبراهيم واسحاق ويعقوب

---

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) والقدوم قيل آلة النجار وقيل ولد بالشام والأول هو الصحيح.

(٣) سورة المائدة الآية ٤٨.

ما كان لنا أن نشرك بالله من شئ(١) " وقوله تعالى "قل صدق الله فاتبعوا ملة إبراهيم حنيفاً وما كان من المشركين(٢) "، وأما شمولها للشريعة فدليله قول الملأ من مدين فيما حكى القرآن الكريم "لنخرجنك يا شعيب والذين آمنوا معك من قريتنا أو لتعودن فى ملتنا(٣) "، وكان مما شرع الله لهم على لسان شعيب- عليه السلام- "فأوفوا الكيل والميزان ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تفسدوا فى الأرض بعد إصلاحها(٤) " ولما كان الختان من شريعة إبراهيم، والملة شاملة للعقيدة والشريعة كنا مأمورين بالختان، فكان الختان واجباً(٥) .

ثانياً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- ما رواه أبو هريرة- رضى الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ لرجل أسلم "ألق عنك شعر الكفر واختتن"، وفى رواية "من أسلم فليختتن(٦) ".

(١) جزء من الآيتان رقم ٣٧، ٣٨ من سورة يوسف.

(٢) سورة آل عمران الآية ٩٥.

(٣) سورة الأعراف من الآية ٨٨.

(٤) سورة الأعراف من الآية ٨٥.

(٥) راجع هذا الدليل وما أجيب به فى المراجع السابقة فى المذهب الأول، الأحكام للآمدى جـ٤ ص١٩٨، المستصفى جـ٢ ص٢٥٦.

(٦) هذا الحديث رواه الإمام أحمد فى مسنده من طريق غنيم بن كليب عن أبيه عن جده: راجع مسند أح٠مد جـ٣ ص٤١٥.

وجه الدلالة:

أن النبى ﷺ قد أمر من أسلم أن يختتن فلو لم يكن الختان واجباً لما أمر الرجل الذى أسلم أن يختتن، ومعلوم أن الرجل كان كبيراً يشق عليه الختان، فلو لم يكن واجباً لما أمر به، لكنه أمر به فيكون واجباً.

اعترض على ذلك:

بأن هذا الحديث فى سنده ابراهيم بن أبى يحيى، وهو متفق على ضعفه بين أهل الحديث، كما أن اقتران الختان بإزالة شعر الكفر عن الذى أسلم ليس بواجب، فيكون الختان غير واجب.

ثالثاً: دليلهم من الأثر:

استدل أصحاب هذا المذهب من الأثر بمايلى:

١- ما روى عن ابن عباس- رضى الله عنهما- أنه قال: "من ترك الاختتان لم تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته(١)"، وروى عن الإمام مالك- رضى الله عنه- أنه قال: من ترك الاختتان من غير عذر لم تجز إمامته ولا شهادته(٢).

وجه الدلالة:

أن من ترك الاختتان يكون تاركاً للواجب، بدليل عدم صحة صلاته ولا إمامته ولا شهادته، فيكون الاختتان واجباً.

---

(١) هذا الأثر رواه البيهقى فى السنن الكبرى عن ابن عباس، راجع السنن الكبرى جـ٨ ص٣٢٥ كتاب الأشربة.

(٢) راجع قول الإمام مالك فى المنتقى شرح الموطأ جـ٧ ص٤٣٢.

اعترض على ذلك:

بأن هذا قول صحابى انفرد به، فلا يكون حجة مع وجود المخالف.

أجيب عن ذلك:

بأن الأئمة الأربعة احتجوا بأقوال الصحابة، ولم يحفظ عن واحد منهم ما يخالف قول ابن عباس.

رابعاً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن ستر العورة واجب، فلولا أن الختان واجب لم يجزهتك حرمة المختون بالنظر إلى عورته من أجله، ولأنه شعار المسلمين، فكان واجباً كسائر شعائرهم.

اعترض على ذلك:

بأنه يجوز أن تكشف العورة للمداواة، وقد تكون المداواة غير واجبة.

أجيب عن ذلك:

بأن كشف العورة لا يجوز لكل مداواة، وإنما يجوز فى موضع يقول أهل العرف: إن المصلحة فى المداواة راجحة على المصلحة فى المحافظة على المروءة، وصيانة العورة، فلو لم لم يكن الختان واجباً لما كشفت العورة المحرم كشفها له(١).

---

(١) راجع أدلة المذهب الأول وما قيل فيه فى المغنى لابن قدامة جـ١ ص٦٤، المجموع جـ١ ص٢٩٧ وما بعدها، كشاف القناع جـ١ ص٨٠، القوانين الفقهية ص١٧٩ ومابعدها، فتح الرحمن بأحكام الختان للدكتور عبد الحسيب عبدالسلام مجلة كلية أصول الدين بطنطا جـ٢ ص١٠٦٠ وما بعدها طبعة عام ١٩٩٧م.

استدل أصحاب المذهب الثانى على مذهبهم بالسنة والمعقول، هاك بيان هذه الأدلة:

أولاً: دليلهم من السنة:

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بمايلى:

١- قوله ﷺ "الفطرة خمس: الختان والاستحداد وقص الشارب وتقليم الأظافر ونتف الإباط(١) ".

وجه الدلالة:

أن الحديث ذكر الختان ضمن خصال الفطرة، والفطرة معناها السنة القديمة، وهى أمور مسنونة، فيكون الختان مسنوناً أى غير واجب.

اعترض على ذلك:

إن الفطرة كما يقصد بها السنة القديمة يقصد بها الدين والشريعة، فلا ينهض الدليل على غير الوجوب.

أجيب عن ذلك:

بأن الحديث دل على قدم هذه الخصال، ولا يعنى أن كلها مسنونة، لأن الدليل قد قام على وجوب الختان، وهو ما ذكرناه فى أدلة المذهب الأول.

---

(١) هذا الحديث رواه البيهقى فى سنن من طريق ابن عمر: راجع السنن الكبرى للبيهقى جـ١ ص١٤٩ كتاب الطهارة باب من السنة الأخذ من الأظافر، سنن أبى داود جـ١ ص١٤ كتاب الطهارة باب السواك من الفطرة.

ثانياً: دليلهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بمايلى:

١- إن الختان من شعائر الإسلام التى يفرق بها بين المسلم وغيره، كالتلبية وسوق الهدى وغيرهما، وهذه الأمور مسنونة فكان الختان سنة.

أجيب عن ذلك:

بأن الختان من شعائر الإسلام، فوجوبه من وجوب الوتر وزكاة الخيل، ووجوب الوضوء من قهقهة فى صلاته، وهذه الأمور واجبة، ووجوب الختان أقوى.

وفى هذا المعنى يقول ابن القيم: إن الختان من شعائر الإسلام، وهو علم الحنيفية ورأس الفطرة وعنوان الملة، وهو من عمل الحنفاء من لدن إبراهيم- عليه السلام- إلى سيدنا محمد ﷺ، وقد بادر إبراهيم- عليه السلام- به عندما أمره ربه وتوارثه الأنبياء من بعده، مما يدل على أنه من شعائر الإسلام الواجبة(١).

هذا: وبعد عرض ما قاله الفريقان، وأدلة كل قول، أرى ترجيح مذهب من قال بأن الختان سنة مؤكدة للرجال والنساء جميعاً، وليس من الواجب، وهو مذهب الحنفية والمالكية، لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين لهم.

والله تعالى أعلى وأعلم

---

(١) راجع أدلة هذا المذهب وما قيل فيه فى مواهب الجليل جـ٣ ص٢٥٨ وما بعدها، شرح الزرقانى على المختصر جـ٣ ص٤٧، المبسوط للسرخسى جـ١٠ ص١٥٦، ص١٩٩، الفتاوى الهندية جـ٥ ص٣٥٧، المغنى لابن قدامة جـ١ ص٦٤، الفقه الإسلامى للدكتور وهبه الزحيلى جـ١ ص٣٠٦، وما بعدها، فتح الرحمن بأحكام الختان للدكتور عبدالحسيب عبدالسلام جـ٢ ص١٠٦٦ بحث منشور بمجلة كلية أصول الدين بطنطا عام ١٩٩٧م، القوانين الفقهية ص١٧٩ وما بعدها.

"خاتمة نسأل الله حسنها"

وفى نهاية الطواف بهذا الموضوع- شرع من قبلنا عند الأصوليين دراسة وتطبيق- يتبين لى مايأتى:

١-القول بجواز تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله عقلاً بأن يأمره الله تعالى بإتباع شرائعهم، ويجوز أن يتعبده بالاجتناب عنها، ولا امتناع فى ذلك، فإنه لا يترتب على فرض وقوعه محال فى العقل، وكل ما كان كذلك كان جائزاً.

٢-القول بجواز تعبد النبى ﷺ بشرع من قبله قبل البعثة، لدلالة الأحاديث الصحيحة على ذلك، مثل ما رواه البخارى عن عائشة- رضى الله عنها- قالت "أول ما بدئ به رسول الله ﷺ الرؤيا الصالحة فى النوم، فكان لا يرى رؤيا إلا جاءت، مثل فلق الصبح، ثم حبب إليه الخلاء وكان يخلو بغار حراء فيتحنث فيه، وهو التعبد الليالى ذوات العدد قبل أن ينزع إلى أهله ويتزود لذلك(١)".

٣-إن الشرائع السماوية كلها واحدة فى أصول الدين، مثل الإيمان بالله تعالى وملائكته وكتبه ورسله، واليوم الآخر، والقضاء والقدر، وغير ذلك من أصول العبادات التى لا تختلف فيها الشرائع، قال تعالى "شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه(٢) ".

---

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) سورة الشورى الآية ١٣.

٤-إن ما ثبت نسخه بشريعتنا فإنه لا يؤخذ به، وكذلك ما قام الدليل على أنه كان خاصاً بالأقوام السابقة، فإنه لا يسرى علينا حكمه اتفاقاً.

٥-إننا لا يمكن أن نتعرف على الأحكام فى الشرائع السابقة إلا من المصادر الإسلامية، وهى الكتاب والسنة، أما ما علم بنقل أهل الكتاب فلا يعتبر حجة، لإخبار الله تعالى أنهم حرفوا الكتب وبدلوها.

٦-إن شرع من قبلنا ليس فى حد ذاته دليلاً مستقلاً، بل هو راجع إلى الكتاب والسنة، ولا يعمل به إلا إذا قصه الله تعالى علينا. أو جاء على لسان رسول الله ﷺ من غير إنكار، ولم يرد فى شرعنا ما يدل على نسخة أو رفعه عنا، يكون عندئذٍ شرعاً لنا ويلزمنا العمل به.

وبعد فهذا نهاية ما تيسر لى كتابته فى هذا البحث، وقد بذلت فى إعداده وتنسيقه أقصى الجهد. وغاية الطاقة، فإن أك وفقت ولو بعض الشئ فهذا فضل الله يؤتيه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم، وإن تكن الأخرى فعذرى أنى بشر، والعصمة لله وحده، ولله در العماد الأصفهانى القائل: "إنى رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً فى يومه إلا قال فى غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر، وصلى الله على سيدنا محمد النبى الأمى وعلى آله وصحابته ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إعداد

د/ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

الفهرس العام للبحث ويشتمل على :

١- فهرس الآيات القرآنية الكريمة.
٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.
٣- فهرس الآثار.
٤- فهرس المراجع.
٥- فهرس الموضوعات.

أولاً : فهرس الآيات القرآنية الكريمة

سورة البقرة

سورة آل عمران

تابع فهرس الآيات

سورة آل عمران

سورة النســاء

تابع فهرس الآيات

سورة المائـدة

سورة الأنعـــام

تابع فهرس الآيات

تابع فهرس الآيات

سورة يوسف

سورة النحل

سورة الإسراء

سورة الكهف

تابع فهرس الآيات

تابع فهرس الآيات

سورة الأحـزاب

سورة الصافـات

سورة ص

سورة الزمـر

سورة الشـورى

تابع فهرس الآيات

سورة القمـر

سورة الكوثـر

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية

تابع فهرس الأحاديث النبوية

تابع فهرس الأحاديث النبوية

تابع فهرس الأحاديث النبوية

ثالثاً : فهرس الآثـــار

رابعاً : أهـم المراجـــع

أ - القرآن الكريم - علومه :

١- الجامع لأحكام القرآن الكريم : للإمام شمس الدين أبى عبد اللـه محمد بن أحمد بن أبى بكر فرج الأنصارى القرطبى، المتوفـى سنة ٦٧١هـ، ط دار الغد العربـى ، نشر دار الكتـاب العربـى بالقاهرة.

٢- أحكام القرآن الكريم بتأليف الإمام حجـة الإسـلام، أبـى بكـر بـن على الرازى الجصاص الحنفى المتوفـى سـنة ٣٧٠هـ، الناشـر دار الكتاب العربى ، بيروت لبنان.

٣- أحكام القرآن الكريم لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى، تحقيق على محمد البجاوى طبعة دار الفكر العربى.

ب- كتب الحديث وعلومه :

١- بلوغ المرام من جمع أدلـة الأحكـام للحـافظ، شـهاب الديـن أبـى الفضل بن حجر العسقلانى ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان.

٢- التعليق المغنى على الدارقطنى، تـأليف المحـدث العلامـة أبـى الطيب شمس الدين تحقيق السيد عبد الله هاشـم يمـانى المدنـى، مطبعة دار المحاسن للطباعة بالقاهرة.

٣- تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعـى الكبـير للإمـام أبـى الفضل شهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلانى، المتوفى سنة ٨٥٢هـ الناشر الكليات الأزهرية.

٤- الجامع الصغير : فى أحاديث البشير النذير تأليف الإمام الحافظ خادم السنة وقامع البدعة، جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكـر السيوطى، المتوفى سـنة ٩١١هـ، طبـع علـى نفقـة حسـن علـى حسن زكـى.

٥- سنن النسائى، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى، مطبعة دار الحديث بالقاهرة.
٦- سنن الدار قطنى: تأليف شيخ الإسلام الإمام الكبير على بن عمر الدارقطنى، المتوفى سنة ٣٨٥هـ، تحقيق السيد عبد الله هاشم يمانى المدنى، مطبعة دار المحاسن بالقاهرة.
٧- سنن الترمذى، لأبى عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة ٢٩٧هـ تحقيق وتعليق، محمد فؤاد عبد الباقى مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.
٨- سنن الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ابن ماجه المتوفى سنة ٢٩٥هـ، تحقيق الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقى مطبعة دار احياء التراث العربى.
٩- سنن أبى داود الإمام الحافظ المصنف أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى، المتوفى سنة ٢٧٥هـ تحقيق محمد محيى الدين الناشر ، دار احياء السنة النبوية.
١٠- سنن الدارمى: للإمام أبى محمد عبد الله بن الدارمى: مطبعة دار الفكر ، بيروت ، لبنان.
١١- سبل السلام تأليف الإمام محمد بن إسماعيل الكحلانى الصنعانى المعروف بالأمير : مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.
١٢- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ : مطبعة دار المعرفة بيروت لبنان.
١٣- صحيح الإمام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ، مطبعة نهضة مصر.

١٤- صحيح الإمام أبى عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى، بشرح الكرمانى، مطبعة دار إحياء التراث العربى، بيروت، لبنان.
١٥- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى أبو الحسين بشرح الإمام يحيى بن شرف الدين النووى، مطبعة دار إحياء التراث العربى.
١٦- فتح البارى: بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، مطبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.
١٧- الفردوس بمأثور الخطاب للديلمى، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
١٨- كشف الخفاء ومزيل الالباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، للشيخ إسماعيل بن محمد العجلونى المتوفى سنة ١١٦٢هـ، تحقيق أحمد القلاش الناشر مكتبة التراث الإسلامى.
١٩- مسند الإمام أحمد بن حنبل، مطبعة دار صادر، بيروت، لبنان.
٢٠- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى، المتوفى سنة ٨٠٧هـ، بتحرير الحافظين العراقى وابن حجر: مطبعة القدس بالقاهرة.
٢١- المعجم الكبير للطبرانى: للحافظ أبى القاسم سليمان بن أحمد الطبرانى، المتوفى سنة ٣٦٠هـ، تحقيق حمدى عبد المجيد السلفى، مطبعة التوعية الاسلامية.
٢٢- الموطأ للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة، مطبعة إحياء التراث العربى، عيسى البابى الحلبى.

٢٣- المستدرك على الصحيحين، للإمام الحافظ أبى عبد الله الحاكم النيسابورى، وبذيله تلخيص الحافظ الذهبى مطبعة دار المعرفة، بيروت لبنان.

٢٤- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار تأليف الشيخ الإمام محمد بن على الشوكانى، الطبعة الأخيرة، مطبعة البابى الحلبى ، بمصر.

٢٥- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى، المتوفى سنة ٧٧٢هـ، مطبعة دار المأمون بشبرا ، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.

جـ- كتب اللغة :

١- القاموس المحيط، تأليف مجد الدين بن يعقوب الفيروز أبادى، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر ، الطبعة الثانية، ١٣٧١هـ، ١٩٥٢م.

٢- لسان العرب: لمحمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ، طبعة دار المعارف.

٣- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أحمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى، تحقيق محمد خاطر، الناشر دار الحديث.

٤- المصباح المنير: فى غريب الشرح الكبير للرافعى، تأليف العلامة أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠هـ، مطبعة المكتبة العلمية، بيروت ، لبنان.

د - كتب أصول الفقه :

١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تأليف محمد ابن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥هـ، مطبعة مصطفى البابى وأولاده بمصر.
٢- أصول السرخسى: للإمام أبى بكر محمد بن أحمد أبى سهل السرخسى المتوفى سنة ٤٩٠هـ ، تحقيق أبى الوفا الأفغانى، مطبعة دار المعرفة، بيروت ، لبنان.
٣- أصول الفقه الإسلامى للدكتور/ بدران أبو العينين بدران، مطبعة مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر بالإسكندرية.
٤- الأدلة المختلف فيها وأثرها فى الفقه الإسلامى للدكتور/ عبد الحميد أبو المكارم، الناشر دار المسلم ببورسعيد.
٥- الإبهاج فى شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى البيضاوى تأليف شيخ الإسلام على بن عبد الكافى وولده تاج الدين السبكى، تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل : الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.
٦- الإحكام فى أصول الأحكام للحافظ أبى محمد على بن حزم الأندلس الظاهرى: مطبعة العاصمة حسين حجازى.
٧- الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى سيف الدين أبى الحسن على الآمدى : الناشر دار الحديث.
٨- الآيات البينات لأحمد بن قاسم العبادى الشافعى.
٩- البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين ، تحقيق الدكتور عبد العظيم محمود الديب ، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ ، مطبعة دار الوفاء للطباعة بالمنصورة.

١٠- بحوث فى الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين ، تأليف الدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ، مطبعة السعادة ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.
١١- تيسير التحرير للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسينى الحنفى الخراسانى المتوفى سنة ٨٦١هـ، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
١٢- تخريج الفروع على الأصول للإمام أبى المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجانى المتوفى سنة ٦٥٦هـ ، تحقيق الدكتور/ محمد أديب صالح الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت ، لبنان.
١٣- تقرير العلامة المحقق والفهامة المدقق الشيخ عبد الرحمن الشربينى على جمع الجوامع لابن السبكي، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان.
١٤- التلويح على التوضيح لشرح متن التنقيح لصدر الشريعة المتوفى سنة ٧٤٧هـ، مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.
١٥- التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول: للإمام جمال الدين أبى محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنوى المتوفى سنة ٧٧٢هـ، تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو، ط مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ.
١٦- حاشية العلامة سعد الدين التفتازانى، المتوفى سنة ٧٩١هـ على شرح القاضى عضد الملة والدين : الناشر الكليات الأزهرية.
١٧- حاشية العطار: للإمام حسن العطار على شرح جلال الدين المحلى على جمع الجوامع للإمام ابن السبكى: مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان.

١٨- حاشية العلامة البناني: على شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع لابن السبكي : مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، الطبعة الثانية ١٣٥٦هـ.

١٩- روضة الناظر وجنة المناظر على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الناشر الكليات الأزهرية.

٢٠- شرح البدخشي: المسمى بمناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشي وهو شرح لمنهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي: مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.

٢١- شرح القاضي، عضد الملة والدين، المتوفى سنة ٧٥٦هـ لمختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل الناشر ، الكليات الأزهرية.

٢٢- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول: للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، منشورات الكليات الأزهرية، دار الفكر.

٢٣- شرح المنار وحواشيه: للعالم العلامة عز الدين عبد اللطيف على متن المنار للإمام أبي البركات النسفي، مطبعة دار السعادات، ١٣١٥هـ.

٢٤- شرح نور الأنوار على المنار: لمولانا الشيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد الحنفي، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت: لبنان.

٢٥- فواتح الرحموت للعلامة عبد العلى بن نظام الدين الأنصارى بشرح مسلم الثبوت للشيخ محب الدين بن عبد الشكور. مطبعة دار الفكر، للطباعة والنشر.
٢٦- فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار فى أصول المنار: تأليف زين الدين الشهير بابن نجيم الحنفى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر.
٢٧- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى، تأليف الإمام أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠هـ، الناشر: دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة.
٢٨- كشف الأسرار على المنار: للإمام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بالنسفى المتوفى سنة ٧١٠هـ، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
٢٩- اللمع فى أصول الفقه: تأليف الإمام الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر.
٣٠- مختصر المنتهى الأصولى: تأليف الإمام ابن الحاجب المالكى المتوفى سنة ٦٤٦هـ، الناشر ، الكليات الأزهرية.
٣١- المستصفى من علم الأصول: للإمام حجة الإسلام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ، مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر.
٣٢- المتحول للإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى: المتوفى سنة ٥٠٥هـ ، تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو: مطبعة دار الفكر العربى بدمشق.
٣٣- المعتمد فى أصول الفقه تأليف: أبى الحسين البصرى المعتزلى المتوفى سنة ٤٣٦هـ، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٤- المحصول فى علم الأصول: للإمام فخر الإسلام الرازى المتوفى سنة ٦٠٦هـ ، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ١٤٠٨هـ.

٣٥- نزهة الخاطر العاطر: للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الرومى الدمشقى ، الناشر الكليات الأزهرية.

٣٦- نهاية السول، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى، مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.

٣٧- بديع النظام لابن الساعاتى، تحقيق الدكتور/ محمد آق قيا، رسالة بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، رقم ١١١١.

٣٨- المسودة فى أصول الفقه لابن تيمية ، مطبعة المدنى، المؤسسة السعودية بمصر.

هـ - كتب الفقه :

١- الأم: تأليف الإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ ، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، تأليف الإمام علاء الدين بن مسعود الكاسانى الحنفى المتوفى سنة ٥٨٧هـ، مطبعة الإمام بالقاهرة.

٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ: الإمام الحافظ محمد بن محمد بن رشد، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٤- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف فخر الدين عثمان بن على الزيلعى، مطبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٥- تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفى، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر.

٦- حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء، مطبعة دار الحديث، بيروت، لبنان.
٧- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدرديرى، مطبعة عيسى البابى الحلبى.
٨- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تأليف العلامة الدرديرى، مطبعة دار المعارف بمصر.
٩- الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلى مطبعة دار الفكر.
١٠- حاشية ابن عابدين، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر.
١١- فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١هـ على الهداية شرح بداية المبتدى، مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.
١٢- قوانين الأحكام الشرعية لابن حزى المالكى ، مطبعة عالم الفكر بمصر، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
١٣- اللباب فى شرح الكتاب: تأليف عبد الغنى الدمشقى الحنفى تحقيق محمود أمين، مطبعة دار الحديث، بيروت ، لبنان.
١٤- المجموع شرح المهذب: للإمام زكريا محيى الدين النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ، مطبعة دار الفكر.
١٥- مغنى المحتاج: إلى معرفة ألفاظ المنهاج، شرح محمد الشربينى على متن المنهاج لأبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى، مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.
١٦- المبسوط: لشمس الدين السرخسى، مطبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

١٧- المحلى: تصنيف الإمام ابن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ، مطبعة دار الأفاق الجديدة، بيروت، لبنان.
١٨- المغنى لابن قدامة المقدسى الحنبلى، مطبعة دار الكتاب العربى.
١٩- مواهب الجليل: لشرح مختصر خليل، مطبعة دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م.
٢٠- الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الإسلام أبى الحسن على ابن أبى بكر الرشدانى المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر.
٢١- المختصر النافع فى فقه الإمامية، مطبعة وزارة الأوقاف.
٢٢- الشرح الصغير للدردير، مطبعة دار المعارف.

خامساً: فهرس الموضوعـات

تابع فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

تم الانتهاء من إعداد هذا البحث بتوفيق الله فى تمام

الأول من رمضان ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م

رقم الإيداع ١٨٢١/ ٩٩

الترقيم الدولى I.S.B.N

٩٧٧-٥٥٣٢-٨٠-٩



كلية الشريعة والقانون بأسيوط

حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى عند الأصوليين

دراسة وتطبيق



١٤١٩هـ - ١٩٩٩م



بسم الله الرحمن الرحيم

أحمدك اللهم حمد الشاكرين، وأسألك السداد والتوفيق واليقين، وأصلى وأسلم على أحب خلقك إليك من النبيين، سيدنا محمد الهادى الأمين، إمام المجتهدين، المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه والتابعين، ومن سلك طريقته إلى يوم الدين.

أمـا بعـد

فإن خبر الواحد حجة من حجج الشرع؛ وذلك للنصوص العديدة الواردة فى كتاب الله - تعالى - التى تدل على حجية السنة، ووجوب الرجوع إليها فى تشريع الأحكام من غير تفرقه بين المنقول منها بطريق التواتر والآحاد.

إلا أنه نظراً لكثرة رواة الحديث، ووجود من يوثق فى روايته ومن لا يوثق فى روايته: نجد أن أئمة المذاهب الفقهية المعروفة القائلين بوجوب العمل بخبر الواحد لم يقبلوا العمل به إلا بقيود وشروط،

هذه الشروط منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه.

والذى يهمنا هنا من هذه الشروط المختلف فيها: ما ذكره عامة الحنفية، وهو: **ألا يكون الحديث وارداً فى أمر يتكرر وقوعه أمام الناس ويحتاج الكثير إلى معرفة حكمه.**

وهو ما يعبر عنه فى كتب الأصول بما تعم به البلوى.

أى **الأمر** الذى يكثر وقوعه أمام الناس ويشتهر، مثل نقض الوضوء بمس الذكر، ورفع اليدين فى الصلاة عند الركوع والرفع منه.

حيث نجد على سبيل المثال أن الحنفية لم يعملوا بحديث نقض الوضوء بمس الذكر، ولا بحديث رفع اليدين عند الركوع فى الصلاة، ويقولون: إن الأحاديث الواردة فى هذا خبر واحد فيما تعم به البلوى؛ لأن مس الذكر ورفع اليدين عند الركوع فى الصلاة من الأمور التى يكثر وقوعها، والحكم فيها يحتاج إليه الكل حاجة متأكدة، وما تعم الحاجة إليه ينبغى أن يكثر ناقلوه ويتواتر؛ لعموم الحاجة إليه، فإذا لم يتواتر فهو باطل.

ولكن الناظر فى أصول غير الحنفية: يجد أن الحنفية قد أخذ عليهم قولهم بخبر الواحد فى أمور تعم بها البلوى، حيث أثبتوا الوضوء من القهقهة والحجامة والفصادة باخبار آحاد، مع أن هذه الأمور مما تعم بها البلوى، وكذلك الوضوء من القئ والرعاف ونحو ذلك.

لذا ينبغى بيان ضابط عموم البلوى هذا، وتحقيق مذهب الحنفية فى ذلك، خاصة وأن مجموع الأصوليين والفقهاء غالباً ما يذكرون فروعاً فقهية ويشيرون إلى أنها مما تعم به البلوى، دون تحديد لماهتيه، أو إشارة إلى ضوابطه.

لكل هذا كان موضوع خبر الواحد فيما تعم به البلوى من الموضوعات الجديرة بالبحث والاهتمام: من أجل بيان الأقوال، والأدلة، والمناقشة، والترجيح، وتطبيق خلاف الأصوليين فى

حجية خبر الواحد على بعض فروع الفقه الإسلامى؛ لبيان أثر هذا الخلاف فى اختلاف الفقهاء فى أحكام تلك الفروع.

هذا، وقد خططت لبحثى هذا، فجعلته فى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

أما المقدمة: ففى بيان خطة البحث وأهميته.

وأما المبحث الأول: ففى تعريف خبر الواحد.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى تعريف الخبر لغة.

المطلب الثانى: فى تعريف الواحد لغة.

المطالب الثالث: فى تعريف خبر الواحد اصطلاحاً.

وأما المبحث الثانى: فقد عقدته لبيان حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى بيان ضابط عموم البلوى.

المطلب الثانى: فى أقوال العلماء، وتحقيق مذهب الحنفية.

المطلب الثالث: فى الأدلة.

وأما المبحث الثالث: ففى تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف فى حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى فى اختلاف الفقهاء.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: نقض الوضوء بمس الذكر.

المطلب الثانى: الجهر بالبسملة فى قراءة الفاتحة فى الصلاة.

المطلب الثالث: رفع اليدين عند الركوع والرفع منه

المطلب الرابـع: ثبـوت رؤيــة هــلال رمضـــان بشـــهادة الواحد.

المطلب الخامس: ثبوت خيار المجلس في عقد البيع.

أما الخاتمـة: فقد بينت فيها أهم ما استبان لي من هذا البحث.

هذا، والناظر في بحثي يرى صدق قولي، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن كانت الأخرى فمني ومن الشيطان، والله ورسـوله منه بريئان.

د/ مدحت مصطفى أحمد

المبحث الأول

في تعريف خبر الواحد لغة واصطلاحاً

خبر الواحد مركب إضافى من كلمتين: "خبر" و "واحد" وتعريفه يستدعى أن نعرف كلاً من خبر وواحد؛ لأن المركب الإضافى لابد فيه من معرفة المضاف والمضاف إليه، إذ كل كلمة تدل على معناها.

هذا قبل أن يجعل علماً ولقباً.

أما إذا جعل علماً ولقباً، فيكون مفرداً لا يدل جزؤه على جزء معناه، فكلمة "خبر" وحدها لا تدل على شئ، كما أن كلمة "الواحد" وحدها لا تدل على شئ، وإنما الذى يدل على المعنى المقصود هو مجموع الكلمتين.

وعليه: فإن هذا المبحث فيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: فى تعريف الخبر لغة.

المطلب الثانى: فى تعريف الواحد لغة.

المطلب الثالث: فى تعريف خبر الواحد اصطلاحاً.

المطلــب الأول

فى تعريف الخبر لغــة

الخبر فى اللغة: النبأ، وجمع الخبر أخبـار، وجمـع الجمـع أخابير، وهو مشتق من الخبار، وهى الأرض الرخوة، لأن الخبر يثير الفائدة، كما أن الأرض الخبار تثير الغبار إذا قرعها الحـافر ونحوه[1].

وللخبر صيغة موضوعة فى اللغة تدل عليه، وهى قولـه:" زيد فى الدار" وزيد قائم"؛ وذلك لأن أهل اللغة قسموا الكلام إلـى أربعة أقسام: أمر، ونهى، وخبر، واستخبار.

وقالت المعتزلة : لا صيغة للخبر ؛ لأن صيغة الخـبر قد تـرد ولا تكـون خبراً: بـأن تـرد مـن النـائم والسـاهى، وقـد تـرد وتكون أمراً، مثل: قوله تعـالى: والوالـدات يرضعـن اولادهـن[2] وإنما يدل اللفظ عليه بقرينة، وهى قصد المخبر إلى الإخبار[3]

هذا، وقد بين الآمدى[4] فى الإحكام ما يطلق عليه الخـبر، فقال: أما حقيقة الخبر: فأعلم أولاً أن أسم الخـبر قد يطلـق علـى

---

[1] راجـع: لسان العرب لابن منظـور ١٠٩٠/٢، المصباح المنير للفيومـى ١٦٢/١، مختار الصحاح لابى بكر الرازى ص١٦٨.

[2] من الأية ٢٣٣ من سورة البقرة.

[3] راجـع المعتمـد لأبـى الحسـين البصـرى ٧٣/٢، بـذل النظـر للاسـمندى ص ٣٦٨، شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ٣٤٨.

[4] هو أبو الحسن على أبن أبى على أبن محمد الآمدى، من مؤلفاته منتهى السول، وأبكار الأفكار، والإحكام فى أصول الأحكام، توفى سنة ٦٣١هـ راجع شذرات الذهب ١٤٤/٥، الفتح المبين للمراغى ٧٥/٢ .

الإشارات الحالية والدلائل المعنوية، كما فى قولهم: عيناك تخبر بكذا والغراب يخبر بكذا،

ومنه قول الشاعر[1]:

وكم لظلام الليل عندك من يد   تخبر أن المانوية تكذب[2]

وقد يطلق على قول مخصوص، لكنه مجاز فى الأول وحقيقة فى الثانى؛ بدليل تبادره إلى الفهم من إطلاق لفظ الخبر لأن من وصف غيره بأنه أخبر بكذا لم يسبق إلى فهم السامع إلا القول[3].

والغالب إنما هو اشتهار استعمال اللفظ فى حقيقته دون مجازه.

ثم القول المخصوص[4] قد يطلق على الصيغة، كقول القائل: قام زيد، وقعد عمرو[5]، وقد يطلق على المعنى القائم بالنفس المعبر عنه بالصيغة[6].

---

[1] وهو: أبو الطيب المتنبى : أحمد بن الحسن الجعفى الكندى، الشاعر المعروف بالمتنبى، توفى سنة ٣٥٤هـ.

وفيات الأعيان ١٠٢/١، حسن المحاضرة للسيوطى ٥٦٠/١.

[2] راجع: ديوان المتنبى ١٧٦/١، وما بعدها، الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٢/٢.

[3] راجع: المحصول للإمام الرازى ١٠٥/٢، المعتمد لأبى الحسين البصرى ٧٣/٢ بذل النظر للأسمندى ص٣٦٨، إرشاد الفحول للشوكانى ص٤٢.

[4] أى الخبر هنا، الذى هو نوع مخصوص من القول.

[5] ويكون قسماً من الكلام اللسانى.

[6] ويكون قسماً من الكلام النفسانى.

قال الآمدى : والأشبه[1] أنه -أى الخبر- فى اللغة حقيقة فى الصيغة لتبادرها إلى الفهم من إطلاق لفظ الخبر[2].

المطلب الثانى

فى تعريف الواحد لغة

الواحد: هو المتفرد، ولذا قال علماء اللغة: الأحد بمعنى الواحد وهو يرادف الأحد فى موضعين:

الموضع الأول: الأحد والواحد اسمان لله -تعالى-

فيقال هو الواحد، وهو الأحد، غير أن اسم الأحد خاص بالله عز وجل، فلا يجوز أن ينعت به سواه تبارك وتعالى.

والواحد: يجوز أن ينعت به غير الله -تعالى- فتقول: هذا شئ واحد، ورجل واحد، ولا يجوز أن نقول: شئ أحد، ورجل أحد.

الموضع الثانى: أسماء العدد،

فيقال: أحد وعشرون، وواحد وعشرون.

غير أن الواحد يستعمل فى الإثبات، فتقول: فى البيت واحد أوجاء واحد.

والأحد يستعمل بعد النفى ولا يستعمل مع الإثبات، فتقول: ما جانى أحد، أولا أحد[3].

---

(1) قوله والأشبه: إشارة إلى أن إطلاق القول: "بأن التبادر إلى الفهم من لفظ الخبر حقيقة فى القول المخصوص، وأنه علامة الحقيقة" ليس بمسلم به،

فقد قال شيخ الإسلام زكريا الأنصارى: بأن مطلق التبادر ليس علامة الحقيقة، بل علامتها التبادر الحاصل بالصيغة وإلا لا نتقض بالحاصل بكثرة الاستعمال؛ لأنه وجد فى المجاز مع أنه ليس بحقيقة.

حاشية البنانى على شرح المحلى على جمع الجوامع ١٠٥/٢، بحوث فى السنة المطهرة للأستاذ الدكتور/ محمد محمود فرغلى ٨،٧/٢.

(2) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٣/٢/٢ وراجع المستصفى للغزالى ١٣٢/١، العدة لأبى يعلى ٨٤٠/٣، شرح الكوكب المنير لابن النجار ٢٩٧/٢، شرح تنقيح الفصول للقرافى ٣٤٨.

(3) راجع: لسان العرب ١/ ٣٥ ، مختار الصحاح ص٧ ، ٧١٢ المصباح المنير ٦٥٠/١ .

المطلب الثالث

فى تعريف خبر الواحد اصطلاحاً

يرى جمهور العلماء، أن السنة تنقسم بإعتبار رواتها إلى قسمين:

سنة متواترة، وآحادية،

وقد تبع الجمهور فى هذا التقسيم من الحنفية. الجصاص وآخرون.

أما جمهور الحنفية: فيرون تقسيم السنة إلى ثلاثة أقسام:

سنة متواترة، وسنة مشهورة، وسنة أحادية.

لذا وجب أن نعرف خبر الآحاد على رأى الجمهور، كما نعرفه على رأى غير الجمهور، لنرى اتجاه كل فى ذلك، فنقول:

بناء على مذهب الجمهور:

عرفه الآمدى فى الإحكام بقوله: خبر الآحاد: ما كان من الأخبار غير منته إلى حد التواتر[1].

وعرفه ابن الحاجب[2] فى مختصره بقوله:

خبر الواحد مالم ينته إلى التواتر[3].

---

[1] راجع: الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٢/٣١.

[2] هو العلامة جمال الدين أبو عمرو: عثمان بن عمر بن أبى بكر بن يونس الكردى الإسنائى، من مؤلفاته: منتهى السول والأمل، الكفاية فى النحو، مختصر المنتهى، توفى سنة ٦٤٦هـ..

بغية الوعاة للسيوطى ٢/١٣٤، شجرة النور الذكية ص ١٦٧.

[3] راجع: مختصر المنتهى بشرح العضد لابن الحاجب ٢/٥٥.

وعرفه الشيخ أبو إسحاق الشيرازى[1] فى اللمع بقوله: وأعلم أن خبر الواحد ما انحط عن حد التواتر[2].

وعرفه القرافى[3] فى شرح تنقيح الفصول بقوله: هو خبر العدل الواحد أو العدول المفيد للظن[4].

وعرفه الغزالى[5] فى المستصفى بقوله: اعلم أنا نريد بخبر الواحد فى هذا المقام مالا ينتهى من الأخبار إلى حد التواتر المفيد للعلم، فما نقله جماعة من خمسة أو ستة مثلاً فهو خبر الواحد[6].

وعرفه ابن السبكى[7] فى جمع الجوامع بقوله: فخبر الواحد هو مالم ينته إلى التواتر[8].

---

[1] هو إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادى، من مؤلفاته المهذب، المع، التبصره، توفى سنة ٤٧٦هـ. راجع شذرات الذهب ٣/٣٤٩، وفيات الأعيام ١/٩.

[2] راجع: اللمع للشيرازى ص٤٠.

[3] هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس بن عبدالرحمن بن عبدالله القرافى ، له مؤلفات عديدة منها : تنقيح الفصول فى اختصار المحصول، الذخيرة، الخصائص فى اللغة، توفى سنة ٦٨٤هـ.راجع الفتح المبين ٢/٨٦.

[4] راجع: شرح تنقيح الفصول للقرافى ص٣٥٦.

[5] هو الإمام محمد بن محمد بن أحمد أبو حامد الغزالى، حجة الإسلام، رحل إلى بغداد وإلى الشام ومصر ثم إلى ضوس حتى توفى بها فى سنة ٥٠٥هـ . راجع طبقات السبكى ٧/١٩١.

[6] راجع: المستصفى للإمام الغزالى ١/١٤٥.

[7] هو تاج الدين عبدالوهاب بن على بن عبدالكافى بن على بن تمام بن يوسف بن موسى السبكى ، من مؤلفاته الأشباه والنظائر فى الفروع الفقهية، جمع الجوامع فى أصول الفقه، توفى سنة ٤٧١هـ. راجع البداية والنهاية ١٤/٢٩٥، حسن المحاضرة ١/ ١٤٨.

[8] راجع: جمع الجوامع بشرح المحلى ٢/١٢٩.

فهذه التعريفات وإن اختلفت عباراتها إلا أن معناها واحد، **وهو أن خبر الواحد:** هو الخبر الذى لم تبلغ نقلته فى الكثرة مبلغ خبر التواتر، سواء كان المخبر به واحداً أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة إلى غير ذلك من الأعداد التى لا تشعر بأن الخبر قد دخل فى حد التواتر، وهو يشمل المشهور والمستفيض وغيرهما، فالكل يطلق عليه خبر واحد[(١)].

أما الذين يقسمون السنة إلى ثلاثة أقسام، وهم جمهور الحنفية: فإنهم يعرفون خبر الواحد، بأنه: كل خبر يرويه الواحد أو الاثنان فصاعدا لاعبرة للعدد فيه بعد أن يكون دون المشهور والمتواتر[(٢)].

فقوله "هو كل خبر يرويه الواحد أو الاثنان، رد لمن فرق، وقال: يقبل خبر الاثنين دون الواحد، ومن قال: يقبل خبر الأربعة دون ما سواها، بأن الكل سواء.

وقوله: "لاعبرة للعدد فيه" يعنى لا يخرج عن كونه خبر واحد حكماً وإن كان الخبر متعدداً بعد أن لم يبلغ درجة التواتر[(٣)].

ومن ثم فهم يثبتون الوساطة بين التواتر والآحاد.

ووجه الحصر عندهم: أن الخبر إن رواه جماعة لا يتصور اتفاقهم على الكذب فى العصور الثلاثة الأولى فهو متواتر،

---

(١) راجع: بحوث فى السنة المطهرة للأستاذ الدكتور/ محمد محمود فرغلى ص١٤.

(٢) راجع: أصول البزدوى بهامش كشف الأسرار للبخارى ٢/٣٧٠.

(٣) راجع: كشف الأسرار للبخارى ٢/٣٧٠، شرح المنار وحواشيه ص٦٢٠، فتح الغفار لابن نجيم ٢/٧٨.

وإن كان آحاداً فى عصر الصحابة - بأن كان رواية واحد أو اثنان أو عدد غير بالغ حد التواتر - ثم رواه عنهم عدد يبلغ حد التواتر فى العصر الثانى والثالث فهذا هو المشهور عندهم، وإن لم يكن هذا ولا ذاك فيكون آحاداً.

وعلى هذا فإن خبر الواحد عند الحنفية: هو ما يرويه ما دون المشهور والمتواتر، فيصدق بالواحد وبالاثنين وبالثلاثة، عند من يرى المشهور أكثر من ثلاثة.

أما من يرى أنه ثلاثة فأكثر فيكون الآحاد ما رواه واحد أو اثنان[1].

---

[1] راجع: كشف الأسرار للبخارى ٢/٣٧٠، بحوث فى السنة المطهرة للأستاذ الدكتور/ محمد محمود فرغلى ص١٦.

المبحـث الثانـــى

حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : فى بيان ضابط عموم البلوى

المطلب الثانى: فى أقوال العلماء ، وتحقيق مذهب الحنفية.

المطلب الثالث: فى الأدلة

المطلـب الأول

بيان ضابط عموم البلوى

الأمر إذا عمت به البلوى، فـإن للشـارع فيـه نظـراً ينبنـى على شدة الحاجة إليه، أو مشقة التحرز منه[1]، حتى إنهم قالـوا:

---

[1] باستقراء الأسباب الشرعية للتخفيف يجد المتأمل مردّها إلى ثمانيـة أشـياء هـى: الحاجة، والسفر، والمرض، والنسيان، والخطأ، والجهل، والإكراه، وعموم البلوى.

- **فالحاجة سبب للتخفيف** عامة – كما لو تعلقت بمصـالح عمـوم العبـاد، مثـل ورود النص بإباحه بعض العقود استثناء من القواعد العامـة وعلـى خـلاف القيـاس، كالإجارة والسلم والوصية – أو خاصة: كتحريم اقتناء الكلب إلاكلب صيد أو زرع وكإباحة لبس الحرير لمرض كالحرب أو الحكة وكاتخاذ سن الذهب عند الحاجة.
- **والسفر: سبب للتخفيف**، إذ رخص فى المسح على الخـف ثلاثـة أيـام بلياليهـا، وفـى قصر الرباعية المفروضه، وفى الجمع تقديماً وتأخيراً، وفى الفطر فى رمضان.
- **والمرض: سبب للتخفيف**؛ إذ رخص للمريض مرضاً يستدعى التخفيـف التيمـم عنـد الحاجة، وفى الإتيان بما يستطيع من القيام أو القعود أو الاضطجاع فى إقامة الصلاة، ويجوز له التخلف عن الجمعة والجماعة، ويرخص له فى الفطر فى رمضان.
- **والنسيان**: سبب لعدم المؤاخذة شرعاً فيما بين العبد وربه ولا يعتبر النسـيان عـذراً فى حقوق العباد؛ لأنها مبنية على المشاحة والمقاضاة، فلو أتلف مال غيره نسيانا وجب عليه الضمان
- **والخطأ**: تسقط به المؤاخـذة شـرعاً "وليـس عليكـم جنـاح فيمـا أخطـأتم بـه ولكـن مـا تعمدت قلوبكم "الأحزاب"٥.

إن ما عمت بليته خفت قضيته، وإذا ضاق الأمر اتسع[1].

ولكن ما المراد بعموم البلوى؟ وما الضابط فيها حتى تصلح عذراً؟

نقول: المقصود بعموم البلوى: شيوع البلاء بحيث يصعب على المرء التخلص منه أو الابتعاد عنه[2].

أو هو ما تمس الحاجة إليه في عموم الأحوال وينتشر وقوعه بحيث يعسر الاستغناء عنه، ويعسر الاحتراز منه إلا بمشقة زائدة[3].

حيث قال شمس الأئمة السرخسي[4]: ويحتاج الخاص

بخلاف الخطأ في حقوق العباد فإنه مؤاخذ عليه، كما لو قاد سيارة غيره فأصابها تلف بسببه من حادث أو غيره فعليه ضمان ما أتلفه سواء كان خطأ أم عمداً.

- **والجهل:** سبب من أسباب التخفيف والتيسير، فمن شروط التكليف علم المكلف بطلب الشارع للفعل.

- **والإكراه:** الإكراه المعدم للإرادة، أو المفسد لها عند بعض العلماء، تسقط به المؤاخذه.

- **وعموم البلوى:** من أسباب التخفيف............. على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

راجع: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د/ صالح بن عبد الله بن حميد صـ١٦٧ - ٢٧٠، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د/ يعقوب عبد الوهاب الباحسين صـ٤٣٥ - ٤٣٧.

[1] راجع: الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٧٨، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د/ صالح بن عبد الله بن حميد صـ ٢٣٢.

[2] راجع: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية د/ يعقوب عبد الوهاب الباحسين صـ٤٣٥- ٤٣٧.

[3] راجع: المراجع السابقة.

[4] هو محمد بن أحمد بن أبي بكر شمس الأئمة السرخسي، من مؤلفاته: المبسوط في الفقه الحنفي، شرح الجامع الكبير، وشرح السير الكبير، أصول السرخسي في-

والعام إلى معرفته[1].

وقال بدر الدين الزركشى[2] فى البحر المحيط نقلاً عن الشيخ أبى حامد الاسفراييني[3] فى تعليقه، ومعنى قولنا : تعم بهم البلوى: أن كل أحد يحتاج إلى معرفته.

وقال صاحب الواضح معناه أن يكون مشتركاً غير خاص[4].

ولو أردنا إيجاد ضابط لهذا الأصل من خلال هذا التعريف، فإننا نلمسه فى أمرين أو أحد أمرين:

الأمر الأول: نزارة الشئ وقلته.

فقد تأتى مشقة الاحتراز عن الشئ من قلته، ومن هنا كان ما قرره الفقهاء: من صحة الصلاة مع النجاسة المعفو عنها، كالدم والقروح والدمامل ودم البراغيث والصديد وطين الشوارع، وما يصيب الحب فى الدوس من روث البقر وبوله، وبول ترشش على الثوب قدر رؤس الإبر.

= الأصول، توفى سنة ٤٨٣هـ . راجع الفوائد البهية ص ١٥٨،١٥٩، الفتح المبين ٢٦٤/١، الأعلام للزركلى ٥/ ٢٠٨.

[1] راجع أصول السرخسى ٣٦٨/١.

[2] هو محمد بن بهادر بن عبدالله بدر الدين الزركشى، من مؤلفاته: البحر المحيط ، سلاسل الذهب، توفى سنة ٧٩٤هـ ، راجع الأعلام للزركلى ٢٨٦/٦، حسن المحاضرة ٤٣٧/١.

[3] هو أحمد بن محمد بن أحمد الأسفراييني، من مؤلفاته: شرح المزنى، تعليقه فى أصول الفقه، البستان، توفى سنة ٤٠٦هـ. راجع وفيات الأعيان ٧٢/١، ٧٣، معجم المولفين ٦٢/٢.

[4] راجع البحر المحيط ٢٥٨/٢.

حيث قال ابن حزم[1]: - مقرراً لهذا المبدء - وونيم الذباب والبراغيث وبول الخفاش إن كان لا يمكن التحفظ منه، وكان فى غسله حرج وعسر لم يلزم من غسله إلا مالا "حرج فيه ولا عسر"[2].

وفى الشرح الصغير: ويعفى عن كل ما يعسر الاحتراز عنه من النجاسات بالنسبة للصلاة ودخول المسجد لا بالنسبة للطعام والشراب، وذلك كسلس البول، وثوب المرضع.

قالوا: سواء كانت أما أو غيرها إذا كانت تجتهد فى درء النجاسة عنها حال نزولها بخلاف المفرطة.

ويدخل فى ذلك الجزار والكناف والطبيب الذى يزاول الجروح[3].

وقال الحنابلة: ويعفى عن يسير دم وما تولد منه من قيح وصديد وماء قروح فى غير مائع ومطعوم؛ لأن الإنسان غالباً لا يسلم منه.

قالوا: وهو قول جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، ولأنه يشق الإحتراز منه فعفى عن يسيره كأثر الاستجمار[4].

---

[1] هو على بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن يزيد الفارسى، كان شافعى المذهب، ثم أنتقل إلى مذهب أهل الظاهر، من مؤلفاته المحلى ، الإحكام فى أصول الأحكام، توفى سنة ٤٥٦هـ، راجع الأعلام ٩٥/٥، تذكرة الحفاظ ١١٤٦/٣.

[2] راجع: المحلى لابن حزم ١٩١/١.

[3] راجع: الشرح الصغير ٧٢/١ ، ٧٣.

[4] راجع: كشاف القناع ٢١٨/١، ٢١٩.

وفى بداية المبتدى: وإذا أصاب الثوب من الروث أو أخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجر الصلاة فيه عند أبى حنيفه[1] -رحمه الله- وقالا يجزءه حتى يفحش.

قال صاحب الهداية[2] لأن فيه ضرورة وهى مؤثرة فى التخفيف[3].

وعن محمد[4] -رحمه الله- أنه لما دخل الرى ورأى البلوى: أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضاً وقاسوا عليه طين بخارى[5].

وفى البداية أيضاً: فإن انتضح عليه البول مثل رؤس الإبر فذلك ليس بشئ- لأنه لا يستطاع الامتناع عنه[6].

الثانى: كثرة الشئ وشيوعه مما يؤدى إلى تعذر اجتنابه[7].

كما أن عموم الابتلاء ومشقة التحرز قد تكون نابعة من تفاهة الشئ ونزارته، كذلك قد يكون لكثرته وشيوعه، فيشق الاحتراز عنه ويعم الابتلاء به.

---

(1) هو النعمان بن ثابت بن زوطى الفارسى، إليه ينسب المذهب الحنفى، توفى سنة ١٥٠هـ، راجع: العبر فى خبر من غبر ٣١٤/١، سير أعلام النبلاء ٣٩٠/٦.

(2) هو شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى، من مؤلفاته مجموع النوازن، الهداية، المنتقى، توفى سنة ٥٩٣هـ. راجع الفوائد البهية فى تراجم الحنفية، ص ١٤١.

(3) راجع: الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ٣٦/١، ٣٧.

(4) هو محمد بن الحسن بن واقد أبو عبد الله الشيبانى، من مؤلفاته: الجامع الكبير والجامع الصغير والمبسوط. توفى سنة ١٨٩هـ. راجع: الفوائد البهية ١٦٣، شذرات الذهب ٣٢٢/١.

(5) راجع: الهداية شرح بداية المبتدى ٣٦/١، ٣٧.

(6) راجع: المرجع السابق.

(7) راجع: رفع الحرج فى الشريعة الإسلامية د/ صالح بن عبد الله بن حميد صـ ٢٧٤.

ويشهد لذلك:

- ماروى عن كبشة[١] بنت كعب ابن مالك، وكانت تحت ابن أبى قتادة[٢].

-أن أبا قتادة دخل عليها فسكبت له وضوءاً، فجاءت هرة تشرب منه، فأصغى لها الإناء حتى شربت منه، قالت كبشه: فرآنى أنظر: فقال: أتعجبين يابنة أخى؟ فقلت: نعم، فقال: إن رسول الله -صلى الله عليه وسلم - قال: إنها ليست بنجسه، إنها من الطوافين عليكم والطوافات[٣].

وعن عائشة[٤] - رضى الله عنها - عن النبى - ﷺ - أنه كان يصغى (يميل) إلى الهرة الإناء حتى تشرب، ثم يتوضأ بفضلها[٥].

قيل: وفى ذلك غاية الحكمة والمصلحة، فإنها لو جاءت بنجاستها لكان فيه أعظم الحرج والمشقة على الأمة لكثرة طوافانها على الناس ليلاً ونهاراً وعلى فرشهم وثيابهم وأطعمتهم، كما أشار إليه النبى- ﷺ - فى الحديث.

---

[١] هى كبشة بنت كعب بن مالك الأنصارى، زوج عبد الله بن أبى قتادة، قال ابن حبان: لها صحبه. راجع: الأصابة ١٣/١٠٦ -١٠٧.

[٢] هو قتادة أبو الخطاب بن دعامة بن قتادة بن عبد العزيز، روى عن أنس بن مالك، توفى سنة ١١٧هـ. راجع تهذيب التهذيب ٨/٣٥١، شذرات الذهب ١/١٥٣.

[٣] راجع: الموطأ ١/٢٢، ٢٣، سنن أبى داود ١/١٩،٢٠، سنن ابن ماجه ١/١٣١.

[٤] هى أم المؤمنين : عائشة بنت أبى بكر الصديق ، زوج النبى -صلى الله عليه وسلم- ، توفيت سنة ٥٧هـ ، راجع العبر فى خبر من غبر ١/٦٢، تذكرة الحفاظ ١/٢٧.

[٥] راجع: سنن أبى داود ١/١٩، نصب الراية للزيلعى ١/١٣٣.

أما من يرى نجاستها فإنه يرى أنه خفف فيها، بعموم البلوى ومشقة الاحتراز منها[1].

- خرج عمر بن الخطاب[2] وعمرو بن العاص[3] - ﷺ - في ركب حتى وردا حوضاً فسأل عمرو بن العاص صاحب الحوض، وقال:يا صاحب الحوض: هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب يا صاحب الحوض لا تخبرنا فإنا نرد على السباع وترد علينا.

قال الباجي[4]: وفيه أن ورودها لم يعتبر؛ لأن مالا يمكن الاحتراز عنه فمعفو عنه[5].

قال ابن عبد البر[6]: وقالوا إنما نهى عمر صاحب الحوض عن الخبر؛ لأنه لو أخبر بوردها وولوغها ضاق عليه[7].

---

(1) راجع: أعلام الموقعين ١٧٢/٢، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ١٣١/١.

(2) هو الصحابي الجليل أبوحفص عمر بن الخطاب، أول من لقب بأير المؤمنين، أستشهد سنة ٢٣هـ. راجع الفتح المبين ٤٩/١، تذكرة الحفاظ ٥/١.

(3) هو عمرو بن العاص بن وائل السهمي القرشي، فاتح مصر، وأحد عظماء العرب، أسلام في هدنة الحديبية، توفي في القاهرة سنة ٤٣هـ. راجع: الأعلام ٧٩/٥.

(4) هو سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث أبو الوليد الباجي القرطبي، من مؤلفاته إحكام التصول في إحكام الأصول، شرح المدونة، توفي سنة ٤٧٤هـ. راجع: معجم المؤلفين ٢٦١/٤، وفيات الأعيان ٤٠٨/٢.

(5) راجع: الموطأ مع الباجي ٦٢/١.

(6) هو أبو عمرو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأندلسي القرطبي، من مؤلفاته: التمهيد لما فيه الموطأ من المعاني والأساليب، الإستعاب في معرفة الأصحاب، الاستذكار، توفي سنة ٤٦٣هـ، راجع: الإعلام ٣١٧/٩، شجر النور الذكية صـ ١١٩.

(7) راجع: الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأنصار ١٢٥/٢، ١٢٦.

وقال الإمام الغزالي في الإحياء: ومن تأمل أحوال الدباغين والقصارين والصباغين: علم أن الغالب عليهم النجاسة، وأن الطهارة في تلك الثياب محال أو نادر.

بل نقول: نعلم إنهم كانوا يأكلون خبز البر والشعير ولا يغسلونه، مع أنه يداس بالبقر والحيوانات، وهي تبول عليه وتروث وقلما يخلص منها.

وكانوا يركبون الدواب وهي تعرق وما كانوا يغسلون ظهورها مع كثرة تمرغها ف النجاسات ..، وما كانوا يحترزون عن شئ من ذلك.

وكانوا يمشون حفاه في الطرق وبالنعال، ويصلون معها، ويجلسون على التراب، ويمشون في الطين من غير حاجة، وكانوا لا يمشون في البول والعذرة ولا يجلسون عليها ويستنزهون منه.

ومتى تسلم الشوارع من النجاسات مع كثرة الكلاب وأبوالها وكثرة الدواب وأرواثها، ولا ينبغي أن تظن أن الأعصار أو الأمصار تختلف في مثل هذا حتى يظن أن الشوارع كانت تغسل في عصرهم، أو كانت تحرس من الدواب، هيهات، فذلك معلوم استحالته بالعادة قطعاً،[1].

هذا، ما تيسر تدوينه في مجال ضابط عموم البلوى.

والمراد هنا: هو بيان مدى حجية خبر الواحد إذا ورد في أمر يتكرر وقوعه أمام الناس ويحتاج الكثير إلى معرفة حكمه،

---

[1] راجع: إحياء علوم الدين للغزالي ١٠٦/٢.

سواء أكانت التكرار راجعاً نزارة الشئ وقلته أما إلى كثرته وشيوعه، كما فيما تقدم وفى نقض الوضوء بمس الذكر، ورفع اليدين فى الصلاة عند الركوع والرفع منه، والجهر بالبسملة، فإنه مما تعم به البلوى، فحقه الأشتهار[1].

وهو ما سوف نبينه فى المطلب الثانى – إن شاء الله.

المطلب الثانـــى

أقوال العلمـــاء

اختلف العلماء فى حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى على قولين:

القـول الأول:

يقبل خبر الواحد فيما تعم به البلوى إذا صح سنده، وهو مذهب عامة الأصوليين، والشافعى[2]، وجميع أصحاب الحديث.

القــول الثانـى:

لا يقبل خبر الواحد فيما تعم به البلوى، إلا إذا اشتهر أو تلقته الأمة بالقبول، وهو مذهب عامة الحنفية، منهم الكرخى[3].

---

(1) راجع: البحر المحيط ١/٢٥٧، ٢٥٨.

(2) هو محمد بن أدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد ليزيد بن هاشم بن عبد المطلب، صاحب المذهب المعروف، توفى سنة ٢٠٤هـ. راجع: العبر ١/٢٦٩، طبقات الفقهاء للشيرازى صـ٧١.

(3) هو عبد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم أبو الحسين الكرخى، توفى سنة ٣٤٠هـ. راجع: تاج التراجم صـ١٣٩، طبقات الأصوليين ١/١٩٧.

وحكى عن ابن خويز منداد[١]، وأبى عبد الله البصرى، وابن سريج.[٢]، [٣].

وهاك نصوصهم التى توضح ذلك، ومنها يمكن تحقيق مذهب عامة الحنفية.

قال الغزالى: خبر الواحد فيما تعم به البلوى مقبول، خلافاً للكرخى وبعض أصحاب الرأى[٤].

وقال الإمام الرازى[٥]: خبر الواحد إما أن يقتضى علماً أو عملاً: فإن اقتضى علماً فإما أن يكون فى الأدلة القاطعة ما يدل عليه، أولا يكون فإن كان الأول جاز قوله.

وإن كان الثانى وجب رده، سواء اقتضى مع العلم عملاً، أو لم يقتضه.

---

[١] هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد، له كتاب كبير فى الخلاف، وكتاب فى أصول الفقه. راجع: الديباج المذهب لأبن فرحون صـ٢٦٨، شجر النور الذكية صـ١٠٣.

[٢] هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادى، من كبار فقهاء الشافعية توفى سنة ٣٠٦هـ. راجع وفيات الفتح المبين ١/١٦٥، وفيات الأعيان ٢/٤٠٨.

[٣] راجع: المستصفى للغزالى ١/١٧١، المحصول للرازى ٢/٢١٦، المعتمد ١/١٦٨، الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٢/١٦٠، اللمع فى أصول الفقه للشيرازى ص٤٠، مختصر ابن الحاجب ٢/٧٢، البحر المحيط للزركشى ٢/٢٥٧، شرح تنقيح الفصول للقرافى ص٣٧٢، شرح الكوكب المنير لابن النجار ٢/٣٦٧، مفتاح الوصول لابن التلمسانى ص١٣، كشف الاسرار للبخارى ٣/١٧، أصول السرخسى ١/٣٦٩، الوجيز فى أصول الفقة للكراماستى صـ١٤٧، بذل النظر للأسمندى ص٤٧٤، تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص٦٤، إرشاد الفحول للشوكانى صـ٥٦ ، أصول الفقة د/ زكى الدين شعبان صـ٦٢.

[٤] راجع: المستصفى للغزالى ١/١٧١.

[٥] هو محمد بن عمر بن حسين أبو عبد الله فخر الدين الرازى، من كبار فقهاء الشافعية، ومتكلمى أهل السنة توفى سنة ٦٠٦هـ. رلجع: وفيات الأعيان ٤/٢٤٨.

فأما إذا اقتضى عملاً، وكان البلوى به عاماً، فعندنا لا يجب رده، وعند الحنفية: يجب رده[1].

وقال الآمدى: خبر الواحد إذا ورد موجبا للعمل فيما تعم به البلوى، مقبول عند الأكثرين، خلافاً للكرخى وبعض أصحاب أبى حنيفة[2].

وقال الإمام الشيرازى: ويجب العمل به فيما تعم به البلوى وفيما لا تعم، وقال أصحاب أبى حنيفة - رحمه الله- لا يجوز العمل به فيما تعم به البلوى[3].

وقال ابن الحاجب: خبر الواحد فيما تعم به البلوى مقبول عند الأكثر، خلافاً لبعض الحنفية[4].

وقال الإمام بدر الدين الزركشى[5]: ولا يضره كونه مما تعم به البلوى، خلافاً لأكثر الحنفية، وأبى عبد الله البصرى[6].

وقال الكيا البصرى[7]: والحق فى هذه المسألة أن الأخبار على قسمين:

أحدهما: يلزم الكافة علمه، فذلك يجب ظهوره لا محالة.

---

(1) راجع: المحصول للرازى ٢/٢١٦،٢١٧.

(2) راجع:الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٢/١٦٠.

(3) راجع: اللمع فى أصول الفقة للشيرازى ص٤٠.

(4) راجع: مختصر ابن الحاجب ٢/٧٢.

(5) هو محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين الزركشى، من مؤلفاته: البحر المحيط، سلاسل الذهب، توفى سنة ٧٩٤هـ. راجع: الاعلام ٦/٢٨٦، الفتح المبين ٢/٢٠٩.

(6) راجع: البحر المحيط للزركشى ٢/٢٥٧.

(7) هو أبو الحسن الطبرى على بن محمد بن على الملقب بعماد الدين، تتلمذ على إمام الحرمين، توفى سنة ٥٠٤هـ. راجع: الفتح المبين ٢/٦، وفيات الأعيان ٢/٤٤٨.

الثانى: ما يلزم أفراد الناس من العلماء العلم به دون العامه، والعامة كلفوا العمل به دون العلم، أو لم يكلفوا بأسرهم العمل به، نحو ما يرجع العوام فيه إلى العلماء من الحوادث فى إقامة الحد وغيره فيجوز أن تعم به البلوى، ولكن العامى فيه مأمور بالرجوع إلى العالم. وإذا ظهر للعالم لم يجب نقله إليه، وأما إذا كان الخبر عن شئ اشتهر عن رسول الله - ﷺ - على الكرات، كالجهر بالتسمية وكان الناقل متفرداً ففيه خلاف. والأكثرون على رده[1].

وقال الإمام القرافى: وإذا ورد الخبر فى مسألة علمية وليس فى الأدلة القطعية ما يعضده، رد؛ لأن الظن لا يكفى فى القطعيات، وإلا قبل، وإن اقتضى عملاً تعم به البلوى قبل عند المالكية والشافعية، خلافاً للحنفية[2].

وقال ابن الهمام[3]: خبر الواحد فيما تعم به البلوى ..... لا يثبت به وجوب دون إشتهار أو تلقى الأمة بالقبول عند عامة الحنفية، منهم الكرخى[4].

وقال الإمام البخارى[5]: خبر الواحد إذا ورد موجباً للعمل فيما يعم به البلوى .... لا يقبل عند الشيخ أبى الحسن الكرخى من أصحابنا المتقدمين وهو مختار المتأخرين منهم.

---

(1) راجع: البحر المحيط للزركشى ٢/٢٥٨، ٢٥٩.

(2) راجع: شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول للقرافى ص٣٧٢.

(3) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسى، السكندرى كمال الدين، الشهير بابن الهمام، من مؤلفاته: فتح القدير، التحرير، توفى سنة ٨٦١هـ. راجع الفوائد البهية صـ١٨٠، الفتح المبين ٣/٣٦.

(4) راجع: التقرير والتحبير على تحرير الإمام الكمال بن الهمام ٢/٢٩٥، ٢٩٦.

(5) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخارى، من مؤلفاته: شرح المنتخب المسمى بالتحقيق، كشف الأسرار عن أصول البزدوى، توفى سنة ٧٣٠هـ. راجع: الأعلام ٤/١٣، الفوائد البهية صـ٩٤.

وعند عامة الأصوليين: يقبل إذا صح سنده، وهو مذهب الشافعي وجميع أصحاب الحديث[1].

وقال الكراماستى[2]: خبر الواحد يوجب الظن ويجب العمل به عند الجمهور سمعاً عند أكثرهم، عقلاً عند أحمد، والقفال، وابن سريج، وأبي الحسين إذا ورد غير مخالف للكتاب والسنة المشهورة فى حادثه لا تعم بها البلوى .... فإذا عدم شرط واحد من الشروط الثمانية لوجوب العمل بخبر الواحد لا يقبل[3].

وفى الآيات البينات: وقالت الحنفية: لا يجب العمل به فيما تعم به البلوى[4].

وقال ابن النجار[5]: ومنعه المالكية إذا خالفه عمل أهل المدينة ومنعه أكثر الحنفية فيما تعم به البلوى[6].

وقال الأسمندى[7]: ذهب أصحاب أبى حنيفة – رحمه الله– إلى أنه لا يقبل خبر الواحد فيما يعم به البلوى– وإليه ذهب الشيخ أبو الحسن الكرخى– رحمه الله.

---

(1) راجع: كشف الأسرار للبخارى ٣/١٦.

(2) هو يوسف بن حسين الكراماستى الرومى، من مؤلفاته البيان فى شرح التبيان، الوجيز فى أصول الفقه، توفى سنة ٩٠٠هـ، وقيل سنة ٩٠٦هـ. رلجع: الفتح المبين ٣/٥٨، معجم المؤلفين ٣/٢٩٤.

(3) راجع: الوجيز فى أصول الفقة للكراماستى ص١٤٧، ١٤٨.

(4) راجع: الآيات البينات لابن قاسم العبادى ٢/٢٩٤.

(5) هو القاضى تقى الدين أبو البقاء محمد بن شهاب الدين أحمد بن عبد العزيز بن على الفتوحى الشهير بابن النجار، توفى سنة ٩٧٢هـ.

(6) راجع: شرح الكوكب المنير لابن النجار ٢/٣٦٧.

(7) هو محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين بن حمزة الأسمندى السمرقندى، من مؤلفاته: بذل النظر فى الأصول، شرح منظومة النسفى فى الخلاف، المعترض والمختلف، توفى سنة ٥٦٣، راجع: الفوائد البهية صـ١٧٦، معجم المؤلفين ١٠/١٣٠.

وجماعة من المتكلمين ذهبوا إلى قبوله – وقيل: هو قول الشافعي[١].

وقال أبو الحسن البصري[٢]: .... فإما أن يعم البلوى بما تضمنه أو لا يعم البلوى به، فإن لم يعم البلوى به قبل وإن عم البلوى به، فقد اختلف القائلون بأخبار الآحاد في قبوله، فلم يقبله الشيخ أبو الحسن–رحمه الله[٣].

وقال ابن التلمساني[٤] ومن ذلك: اعتراض أصحاب أبي حنيفة، بعدم التواتر فيما تعم به البلوى، فإن مذهبهم: أن التواتر شرط فيما تعم به البلوى[٥].

وقال الإمام الشوكاني[٦]: ولا يضره كونه مما تعم به البلوى خلافاً للحنفية وأبي عبد الله البصري[٧].

---

[١] راجع: بذل النظر في الأصول للأسمندي ص٤٧٤.

[٢] هو محمد بن علي بن الطيب البصري، أحد أئمة المعتزلة، له تصانيف كثيرة منها: المعتمد في أصول الفقه، شرح في الأصول الخمسة، توفي ببغداد سنة ١١٠هـ. راجع: طبقات الأصوليين ١/٢٣٧.

[٣] راجع: المعتمد في أصول الفقه /١٦٨.

[٤] هو محمد بن أحمد الشريف التلمساني، من مؤلفاته: مفتاح الوصول في علم الأصول، توفي سنة ٧٧١هـ. راجع: الفتح المبين ٢/١٨٢.

[٥] راجع: مفتاح الوصول في علم الأصول لابن التلمساني ص١٣.

[٦] هو محمد بن علي بن محمد الشوكاني الصنعاني، من مؤلفاته إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، البدر الطالع، نيل الأوطار، توفي سنة ١٢٥٠هـ. راجع: الأعلام ٧/١٩٠، البدر الطالع للشوكاني ٢/٢١٤.

[٧] راجع: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ص٥٦.

تحقيق مذهب الحنفية

سبق أن ذكرنا: أن العلماء اختلفوا فى حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

ومن خلال النصوص التى سبق ذكرها، يمكن القول:

بأن عامة الحنفية يقولون بعدم حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى، يردونه مطلقاً، سواء كان الخبر يثبت مباحاً، أو مندوباً، أو واجباً، أو حراماً، أو مكروها، كما هو واضح من النصوص التى سبق ذكرها، ويكون هذا هو محل النزاع بين الجمهور والحنفية[1].

إلا أن الكمال بن الهمام: يخصص ذلك بحالة ما إذا كان يثبت وجوباً، فيكون مردوداً عنده، ويمكن قبوله إذا كان يثبت سنة.

قال فى التحرير: (خبر الواحد ... لا يثبت به وجوب دون اشتهار أو تلقى الأمة بالقبول عند عامة الحنفية، منهم الكرخى)[2].

---

[1] راجع: صـ٢٦ : ٣٢ من البحث.

[2] قال صاحب التقرير والتحبير: كان هذا عند عامة الحنفية فلا يظهر لتنصيصة على الكرخي بقوله (منهم الكرخى) بعد شمولهم أياه فائدة ، بل الذى فى غير موضع الاقتصار على الاشتهار، ونسبة هذا إلى الكرخى من أصحابنا المتقدمين وإلىالمتأخرين منهم.

ثم الظاهر أنه لا تلازم كلياً بين الاشتهار وبين تلقى الأمة له بالقبول، إذ قد يوجد اشتهار للشئ بلا تلقى جميع الأمة له بالقبول، وقد تتلقى الأمة الشئ بالقبول، بلا روايته على سبيل الاشتهار.

ثم هذه الزيادة لا بأس بها، لكن الشأن فى كونها منقولة عنهم.

ثم يقول صاحب التقرير والتحبير - مبيناً مذهب الكمال بن الهمام فى أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى لا يقبل فى حالة ما إذا كان يثبت وجوباً -

فإن قيل: يشكل عليهم قبولهم خبر الواحد المتفق عليه المفيد لغسل اليدين قبل إدخالهما فى الإناء عند الشروع فى الوضوء، وخبر الواحد المتفق عليه المفيد لرفع اليدين عند إرادة الشروع فى الصلاة، مع أن كلا منهما مما تعم به البلوى.

أجاب: بأن ليس غسل اليدين ورفعهما منه، فإنا لم نثبت بكل منهما وجوباً، بل أثبتنا به استنان ذلك، فلا يضر قبولنا أياه فيه.

وعليه يكون محل النزاع بين الجمهور والحنفية فيما إذا كان الحكم فى المسألة التى تعم بها البلوى هو الوجوب، حيث قال فى موضع آخر: وليس النزاع إلا فى إثبات الوجوب به إذا اشتداد الحاجة مع الوجوب[1].

---

١ رجع: التقرير والتحبير علىالتحرير ٢٩٦/٢.

[1] راجع: التقرير والتحبير على تحرير الإمام ٢٩٦/٢، ٢٩٧.

المطلب الثالـث

الأدلـــــة

أولاً: أدلة المثبتين:

استدل الجمهور على ماذهبوا إليه بما يأتى:

أولاً: النصوص الواردة فى وجوب العمل بأخبار الآحاد مطلقة لم تفرق بين ما تعم به البلوى وما لا تعم.

من ذلك:

- قوله تعالى:" **فلو لانفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون**"[1].

أوجب الإنذار على كل طائفة خرجت للتفقه فى الدين وإن كانت أحاداً، وهو مطلق فيما تعم به البلوى، ومالا تعم، ولولا أنه واجب القبول لما كان لوجوبه فائدة[2].

ثانيـاً: إجماع الصحابة وعملهم بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

ومن أمثله ذلك:

أ- رجوع أبى بكر[3] وعمر -رضى الله عنهما- إلى خبر المغيرة بن شعبة[4] فى إعطاء الجدة السدس[5].

---

(1) من الآية (١٢٢) من سورة التوبة.

(2) راجع: الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٢/١٦٠، المحصول للرازى ١/٢١٧.

(3) هو عبد الله بن أبى قحافة عثمان بن عمرو بن كعب التميمى القرشى، أول الخلفاء الراشدين، وأول من آمن بالرسول - ﷺ - . راجع: الأعلام ٢/٥٦٧، تهذيب التهذيب ٥/٣١٥.

(4) هو الصحابى الجليل أبو محمد بن أبى عامر الثقفى، توفى سنة ٥٠هـ. الإصابة ٦/١٩٧، الاستيعاب ٤/١٤٤.

(5) راجع: الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٢/١٦٠، المحصول للرازى ١/٢١٧.

وقد شاع ذلك وانتشر دون نكير فكان إجماعاً.

فقد روى أن الجدة جاءت إلى أبى بكر - - تطلب ميراثها، فقال لها أبوبكر -رضى الله عنه - مالك فى كتاب الله شئ.

وما علمت لك فى سنة رسول الله - ﷺ - شيئاً فارجعى حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: قد حضرت رسول الله - ﷺ - أعطاها السدس، فقال أبوبكر هل معك غيرك؟ فقال: محمد بن مسلمة الأنصارى، فأتى به، فقال مثل ما قال المغيرة، فأعطاه لها أبوبكر[1].

ومثل هذا فعل بن الخطاب - ﷺ - .

فقد روى أن عمر بن الخطاب - ﷺ - أرسل إلى أبى موسى الأشعرى[2] أن يأتيه، فلما جاء إلى بيت عمر استأذن من وراء الباب ثلاثا، فلم يؤذن له، فرجع، ولما رآه عمر راجعاً أرسل فى أثره، فلما عاد، قال له لم رجعت؟ فقال أبو موسى إنى أتيت فسلمت على بابك ثلاث مرات، فلم ترد على فرجعت، وقال رسول الله - ﷺ - إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع.

فقال عمر: لتأتينى على هذا بالبينة، فذهب أبو موسى إلى مجلس الأنصار، وهو فزع مضطرب، فقالوا ما أفزعك؟ فقال:

---

[1] راجع: سنن أبى داود ١٢١/٣، سنن الدارقطنى ٩٠/٤، سنن ابن ماجه ٩٩/٢.

[2] هو الصحابى الجليل: عبد الله بن قيس، أبو موسى الأشعرى، توفى سنة ٤٤هـ. راجع: أسد الغابة ٣٠٦/٦، الإصابة ٣٥١/٢.

أمرني عمر أن آتيه فأتيتة فاستأذنته فلم يؤذن لى فرجعت، فقال لى لم رجعت؟ فقلت: إنى أتيت فسلمت على بابك ثلاثا فلم ترد على، فرجعت، وقد قال رسول الله- ﷺ - إذا استأذن أحدكم ثلاثاً، فلم يؤذن له فليرجع، قال عمر: لتأتنى على هذا بالبينة، فقالوا: لا يقوم إلا أصغر القوم فقام أبو سعيد الخدرى معه فشهد له[1].

ب- قبولهم - رضى الله عنهم - خبر عائشة - رضى الله عنها- فى الغسل من الجماع بدون الإنزال بعد اختلافهم فيه[2].

فقد ورد أنه قد اختلف رهط من المهاجرين والأنصار فى ذلك: فقال الأنصار: لا يجب الغسل من الدفق أو من الماء[3].

وقال المهاجرون: بل إذا خالط فقد وجب الغسل.

قال أبو موسى: فأنا أشفيكم من ذلك، فقمت فاستأذنت على عائشة -رضى الله عنها- فأذنت لى، فقلت لها: يا أماه، أو

---

(1) راجع: صحيح البخارى ٢٦/١١، ٢٧، الموطأ للإمام مالك ٩٦٤/٢، شرح النووى على صحيح مسلم ١٣٠/١٤ - ١٣٢.

(2) راجع: المحصول للرازى ٢١٧/١، الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١٦١/٢.

(3) وكان متمسكهم حديث أبى سعيد الخدرى عن النبى - ﷺ - أنه قال: إنما الماء من الماء" أى ماء الغسل يستوجبه ماء المنى، ثم نسخ ذلك بحديث عائشة.

ويدل لذلك أيضاً: ماروى عن أبى بن كعب قال: إن الفتيا التى كانوا يقولون: الماء من الماء رخصة كان رسول الله - ﷺ - رخص بها فى أول الإسلام، ثم أمرنا بالاغتسال بعد.

قال الإمام الشوكانى: ولو فرض عدم التأخير - الذى يستوجب النسخ- لم ينتهى حديث "الماء من الماء" لمعارضة حديث عائشة؛ لأنه مفهوم، وحديث عائشة منطوق، والمنطوق أرجح من المفهوم.

راجع: صحيح مسلم ٣٨/٤، سنن الترمذى ١٨٤/١، سنن أبى داود ٥٥/١، نيل الاوطار للشوكانى ٢٧٧/١.

يا أم المؤمنين إنى أريد أن أسألك عن شئ وإنى أستحييك فقالت: لا تستحى أن تسألنى عما كنت سائلاً عنه أمك التى ولدتك، فإنما أنا أمك.

قلت: فما يوجب الغسل: قالت على الخبير سقطت، قال رسول الله - ﷺ - إذا جلس بين شعبها الأربع ومس الختان فقد وجب الغسل[1].

جـ: قبولهم خبر رافع بن خديج فى المخابرة[2].

فقد روى عن ابن عمر[3] - ﷺ - أنه قال: كنا نخابر أربعين سنة لا نرى بذلك بأساً، حتى روى لنا رافع بن خديج أن النبى - ﷺ - نهى عن ذلك فانتهينا.

وفى راوية أخرى عن رافع بن خديج قال: كنا أكثر الأنصار حقلاً، وكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه، ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك[4].

---

[1] راجع: فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٩٥/١، صحيح مسلم بشرح النووى ٣٩/٤، وراجع فى ذلك: المغنى لابن قدامة ٢٠٤/١، ٢٠٥، بداية المجتهد لابن رشد ٤٦/١، ٤٧، الهداية للمرغينانى ١٧/١، الشرح الصغير للدردير ٦٧/١، حاشية عميرة على شرح الجلال على المنهاج ٦٢/١.

[2] المخابرة: هى مزارعة الأرض على الثلث أو الربع، ويستوى أن يكون البذر من المالك أو من العامل، وعلى هذا تكون المخابرة بمعنى المزارعة، وذهب الشافعية -فى وجه عندهم- إلى الفرق بينهما، فقالوا: المزارعة: هى معاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك بخلاف المخابرة فإن البذر من العامل.

مغنى المحتاج ٣٢٣/٢، ٣٢٤، روضة الطالبين ٢٤٢/٤.

[3] هو عبد الله بن عمر بن الخطاب، ولد قبل البعثة بسنة أو سنتين، أسلم مع أبيه، وقيل قبله، توفى بمكة سنة ٧٤هـ. راجع: أسد الغابة ٢٢٧/٣، البداية والنهاية ٤/٩.

[4] راجع: صحيح مسلم بشرح النووى ١٠-٢٠٠-٢٠٦، سنن النسائى ٤٨/٧، سنن ابن ماجة ٨١٩/٢، هذا، والمخابرة المنهى عنها هى: كراء الأرض بما ينبت على=

فإن قيل: لا نسلم إجماع الصحابة على العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى؛ لأن أبا بكر الصديق - ﷺ - رد خبر المغيرة فى إرث الجدة، ورد عمر بن الخطاب - ﷺ - خبر أبى موسى الأشعرى فى الاستئذان[1].

اجيب: بأن الثابت الذى لاشك فيه: هو أن الصحابة عملوا بأخبار الآحاد، وكانوا يرجعون إليها فى القضاء والفتيا، وكانوا يطلبون الحديث ممن هو عنده، ويحتجون به على من خالفهم، وتواتر ذلك عنهم.

وهذا يدل دلالة واضحة على أن خبر الواحد حجة من حجج الشرع فى نظرهم يلزم العمل به، ويحرم مخالفته فإذا ورد عنهم التوقف فى العمل ببعض أخبار الآحاد، أو عدم عملهم بها، فلا يكون ذلك دليلاً على أنهم لا يعملون بأخبار الأحاد كلها.

وإنما ذلك التوقف أو عدم العمل بها يرجع إلى الرغبة فى التثبت والاحتياط عند الشك فى الراوى خشية الوهم أو الغلط، أو معارضة الحديث لما هو أقوى منه فى نظره.

=مسايل المياه ورؤس الأنهار، أو على أن تكون هذه القطعة المعينة من الأرض والباقى للعامل. والمخابرة بهذا الشكل تفضى إلى الغرر والجهالة، وتوجب المشاجرة. وأما المخابرة: إذا كانت بأجرة معلومة، أو كانت بجزء معلوم مما يخرج منها فإنها جائزة، لأنه ثبت عن النبى - ﷺ - أنه عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، واستمر عليها إلى موته - ﷺ - .

وراجع: الهداية للمرغينانى ٥٣/٤، حاشية الد
سوقى على الشرح الكبير ٣٧٢/٣، المغنى لابن قدامة ٤١٦/٥، روضة الطالبين للنووى ٢٤٣/٤، ٢٤٤.

[1] راجع: الإحكام للآمدى ١٦٠/٢، المحصول ٢١٧/١، أصول الفقة د/زكى الدين شعبان ص٦٢.

والدليل على ذلك: أن أبا بكر لم يتردد فى العمل بخبر المغيرة لما شهد محمد بن مسلمة أنه سمع هذا من النبى- ﷺ -.

وكذلك لم يتردد عمر فى العمل بخبر أبى موسى الأشعرى فى الاستئذان ثلاثاً قبل الدخول لما شهد أبو سعيد الخدرى أنه سمع هذا الحديث من رسول الله - ﷺ -.

ثم إن الخبر هنا لم يرتق إلى الشهره والتواتر، بل ظل من الآحاد؛ لأن خبر الاثنين خبر واحد وكذا ما زاد حتى يبلغ التواتر، وإنما رد الصديق والفاروق - رضى الله عنهما - الخبر لأجل التثبت والتحرى، لا لكونهما وردا فى قضية تعم بها البلوى، ولذلك قال عمر - ﷺ - إنما سمعت شيئاً فأحببت أن أتثبت[1].

د- واستدل ابن الحاجب للجمهور بقوله: لنا قبول الأمة له فى تفاصيل الصلاة وفى نحو الفصد والحجامة[2].

وهو ما عبر عنه الأصفهانى شارح مختصره بقوله: حجة الأكثر: أن الأمة أجمعوا على قبول خبر الواحد فى تفاصيل الصلاة: أى أركانها وشرائطها، لأنها وإن كانت متواترة إلا أنها لم تتواتر بخصوصياتها وتفاصيلها، ولذلك اختلف فيها العلماء، وهى مما تعم بها البلوى.

وأيضاً أجمعوا على قبول خبر الواحد فى الفصد والحجامة، وما يجرى مجراهما من الأمور التى تعم بها

---

[1] راجع: المحصول ٢١٧/١، المعتمد ١٦٨/١ ، أصول الفقة د/ زكى الدين شعبان ص٦٢.

[2] راجع: مختصر ابن الحاجب ٧٢/٢.

البلوى[١]، وهو ما سوف نتعرض له بشئ من التفصيل بعد ذلك في أدلة النافين:

ثالثاً: الاستدلال بالمعقول

وذلك من وجوه:

*** الوجه الأول:**

أن التعبد بخبر الواحد إنما ثبت بكونه من عند النبى - ﷺ - وذلك إنما يعرف بعدالة الرواة، فإذا وجدت عدالة الرواه هنا وجد ما يجب به القبول، فيجب القبول بحقيقة أن من نقل الحديث فيما تخص به البلوى، فهو الذى ينقله فيما تعم به البلوى، فإذا وجب قبول روايته فى إحداهما، فكذلك فى الآخر، ولو لم يقبله فيما تعم به البلوى لا تهمناه، وهذا لا يجوز[٢].

*** الوجه الثانى:**

أنه لا يمتنع أن يسال النبى - ﷺ - واحداً أو نفراً يسيراً من الناس، دون غيرهم، فيبين له دون الجميع ثم نقله ذلك السائل، فبقى خبر واحد، ولم يشتهر[٣].

*** الوجه الثالث:**

ما قد علم أن النبى - ﷺ - كان يرسل الرسل والكتب إلى الأمصار لتعليم الشرائع، وكان يلزمهم الحجة بالآحاد فيما تعم به البلوى[٤].

---

[١] راجع: حجية خبر الآحاد د/ حسن سنوسى ٣٧٧.

[٢] راجع: بذل النظر للأسمندى ص٤٧٤.

[٣] راجع: المرجع السابق.

[٤] راجع: المرجع السابق.

* **الوجــه الرابــع:**

أن الراوى عدل ثقة، وهو جازم بالرواية فيما يمكن صدقه، وذلك يغلب على الظن صدقه فوجب تصديقه كخبره فيما لا تعم به البلوى[١].

* **الوجــه الخامس:**

أنه يغلب على الظن، فكان واجب الاتباع كالقياس، والمسأله ظنية، فكان الظن فيها حجة[٢].

إذ يجوز قبول القياس فيما تعم به البلوى، والقياس أضعف من خبر الواحد، وإذا كان الضعيف مقبولاً فيما تعم به البلوى، فالقوى أولى بأن يقبل[٣].

والجـــــواب:

أما الأول:

ماذكرتم إن كان دليلاً على الثبوت فعدم الاشتهار دليل على عدم الثبوت من الوجه الذى بينا، فلا يثبت مع الشك[٤].

وأما قوله: إن الناقل للحديث فيما تعم به البلوى هو الناقل له فيما تخص به البلوى.

قلنا: تعديله فيما يرويه بغالب ظنوننا، وذلك لا يمنع وقوع الغلط والنسيان فى بعض ما يرويه، بل يجوز إنه زوّر عليه فى بعض ذلك، على أنه يجوز أن يكون الإنسان عدلاً مقبول القول

---

[١] راجع: الإحكام للآمدى ١٦١/٢، المستصفى للغزالى ١٧١/١، المحصول للرازى ٢١٧/١، المعتمد ١٦٩/١.

[٢] راجع: الإحكام للآمدى ١٦١/٢، مختصر ابن الحاجب ٧٢/٢، التقرير والتحبير ٢٩٦/٢، ٢٩٧.

[٣] راجع: حجية خبر الآحاد وأثرها فى الفقه الإسلامى د/ حسن سنوسى ص٣٧٩.

[٤] راجع: بذل النظر للإسمندى ص٤٧٦.

فى بعض أقواله، ولا يكون كذلك فى البعض، كشهادة الأب لا تقبل لابنه وتقبل للأجنبى؛ لتمكن الشبهه فى أحدهما دون الآخر[1].

وأما الثانى:

قلنا: إن كان ما سئل النبى - ﷺ - عنه مما تعم به البلوى، لابد أن يعم الكل بيانه، وأن يتكرر منه السؤال، بحسب تكرر الحاجة فيصير شائعاً[2].

وأما الثالث:

قلنا: حال ابتداء الشرع يخالف حالة الانتهاء فى هذا الحكم؛ لأن الشريعة لم تكن مستقرة حينئذ، ولم يمتنع أن ينتهى خبر البيان إلى البعض دون البعض، فأما اليوم فقد أستقرت الشريعة، فمحال أن يبقى فى خبر الآحاد ما تعم به البلوى، كالحوادث الواقعة فيما بين الناس: يخالف حال ابتدائها حال انتهائها فى الاشتهار[3].

وما ذكرتموه من المعقول فى الوجه الرابع والخامس:

مبنى على أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى مظنون، وليس كذلك.

وبيانه من وجهين:

* **الوجه الأول:** أن ما تعم به البلوى: كخروج الخارج من السبيلين ومس الذكر، مما يتكرر فى كل وقت، فلو كانت

---

(1) راجع: بذل النظر للإسمندى ص٤٧٦، ٤٧٧.

(2) المرجع السابق:

(3) المرجع السابق:

الطهارة مما تنقض به لوجب على النبى - ﷺ - إشاعته وأن لا يقتصر على مخاطبة الأحاد به، بل يلقيه على عدد التواتر مبالغة فى إشاعته، حتى لا يفضى ذلك إلى إبطال صلاة أكثر الخلق وهم لا يشعرون، فحيث لم ينقله سوى الواحد دل على كذبه[١].

* **الوجه الثاني:** أن ذلك مما يكثر السؤال عنه والجواب والدواعى متوفرة على نقله، فحيث انفرد به الواحد دل على كذبه، كانفراد الواحد بنقل خبر قتل أمير البلد فى السوق بمشهد من الخلق، وطرؤ حادثة منعت الناس من صلاة الجمعة وأن الخطيب قد سب الله ورسوله على المنبر إلى غير ذلك من الوقائع، ولهذا فإنه لما كان القرآن مما تعم به البلوى بمعرفته امتنع إثباته بخبر الواحد[٢].

ويجاب عما ذكروه بما يلى:

بأن ما ذكر فى الوجه الأول من التكذيب يكون صحيحاً لو كان النبى - ﷺ - مكلفاً بإشاعته على لسان أهل التواتر، وهو غير مسلم[٣]؛ وذلك لأن الله تعالى لم يكلف رسوله - ﷺ - إشاعة جميع الأحكام، بل كلفه إشاعة البعض، وجوز له رد الخلق إلى خبر الواحد فى البعض، كما جوز له ردهم إلى القياس فى قاعدة الربا وكان يسهل عليه أن يقول: لا تبيعوا المطعوم بالمطعوم، من الأشياء الستة، فيجوز أن يكون ما تعم به البلوى من جملة ما تقتضى مصلحة الخلق أن يرد فيه إلى خبر

---

[١] راجع: الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١٦٢/٢.
[٢] راجع: الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١٦٢/٢.
[٣] راجع: المرجع السابق.

الواحد، ولا استحالة فيه، وعند ذلك يكون صدق الراوى ممكناً، فيجب تصديقه، وليس علة الإشاعة عموم الحاجة أو نزورها، بل علته التعبد والتكليف من الله "تعالى" [1].

قال الإمام الغزالى فى المستصفى:

فإن قيل: فما الضابط لما تعبد الرسول - ﷺ - فيه بالإشاعة.

قلنا: إن طلبتم ضابطاً لجوازه عقلاً، فلا ضابط، بل لله تعالى ان يفعل فى تكليف رسوله من ذلك ما يشاء.

وإن أردتم وقوعه: فإنما يعلم ذلك من فعل رسول الله - ﷺ - وإذا استقرينا السمعيات وجدناها أربعة أقسام:

الأول: القرآن:

وقد علمنا أنه عنى بالمبالغة فى إشاعته.

الثانى: مبانى الإسلام الخمس: ككلمتى الشهادة والصلاة والزكاة والصوم والحج.

وقد أشاعه إشاعة اشترك فى معرفتها العام والخاص.

الثالث: أصول المعاملات التى ليست ضرورية، مثل: البيع والنكاح والطلاق والعتاق والاستيلاد والتدبير والكتابة.

فإن هذا تواتر عند أهل العلم وقامت به الحجة القاطعة: إما بالتواتر، وإما بنقل الآحاد فى مشهد الجماعات مع سكوتهم، والحجة تقوم به، لكن العوام لم يشاركوا العلماء فى العلم، بل فرض العوام فيه القبول من العلماء.

---

[1] راجع: كشف الأسرار للبخارى ١٧/٣، المستصفى للغزالى ١٧٢/١.

الرابــع: تفاصيل هذه الأصول: فما يفسد الصلاة والعبادات وينقض الطهارة من اللمس والمس والقئ وتكرار مسح الرأس.

فهذا الجنس منه ما شاع، ومنه ما نقله الآحاد، ويجوز أن يكون مما تعم به البلوى.

فما نقله الآحاد فلا استحالة فيه ولا مانع.

فإن ما أشاعه كان يجوز أن لا يتعبد فيه بالإشاعة، وما وكله إلى الآحاد كان يجوز أن يتعبد فيه بالإشاعة، لكن وقوع هذه الأمور يدل على أن التعبد وقع كذلك، فما كان يخالف أمر الله – سبحانه وتعالى – فى شئ من ذلك[١].

وقولهم: إنه يلزم من عدم ذلك إبطال صلاة أكثر الخلق غير مسلم، لأن من لم يبلغه ذلك فالنقض غير ثابت فى حقه، ولا تكليف بمعرفة مالا يقم عليه دليل[٢].

وما ذكروه فى الوجه الثانى: إنما يلزم توفر الدواعى على نقله أن لو كان لا طريق إلى إثباته سوى النقل المتواتر، وأما إذا كان طريق معرفة ذلك إنما هو الظن، فخبر الواحد كاف فيه، ولهذا جاز إثباته بالقياس إجماعاً[٣].

وما استشهدتم به من الوقائع من الانفراد بخبر قتل أمير البلد فى السوق، وأن حادثة طرأت منعت الناس من أداء صلاة الجمعة ونحوها غير مشابه لما نحن فيه، إذ الطباع مما تتوافر

---

(١) راجع: المستصفى للغزالى ١٧٣/٢.

(٢) راجع: الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١٦٢/٢، المعتمد ١٦٩/٢.

(٣) راجع: المراجع السابقة.

على نقلها وإشاعتها عادة، فانفراد الواحد بالإخبار عنها يدل على كذبه[1].

وأما القرآن فإنما امتنع إثباته بخبر الواحد، لا لكونه مما تعم به البلوى، بل لكونه المعجز فى إثبات نبوة النبى محمد - ﷺ - وطريق معرفته متوقف على القطع، ولذلك وجب على النبى - ﷺ - إشاعته وإلقاؤه على عدد التواتر، وما عدا القرآن مما أشيع إشاعة اشترك فيها الخاص والعام: كأركان الإسلام الخمس وأصول المعاملات مثل أصل البيع والنكاح والطلاق والعتاق وغير ذلك من الأحكام مما كان يجوز أن لا تشيع فذلك مرده أنه - ﷺ - كان متعبداً بإشاعته[2].

وأما الإلزام: فهو أن الوتر وحكم الفصد والحجامة والقهقهة فى الصلاة ووجوب الغسل من غسل الميت وإفراد الإقامة وتثنيتها فمن قبيل ما تعم به البلوى، ومع ذلك فقد أثبتها الخصوم -الأحناف- بأخبار الآحاد[3].

قلت: ويمكن بيان ذلك على سبيل التفصيل: فأقول.

١ - **الإقامة:** سنة مؤكدة فى الفرائض الوقتية والفائتة، على المنفرد والجماعة، للرجال والنساء عند الجمهور، غير الحنابلة، إذ قالوا: ليس على النساء آذان أو إقامة.

---

[1] راجع: الإحكام للآمدى ١٦٢/٢.

[2] راجع: المرجع السابق.

[3] راجع: الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١٦٢/٢، المستصفى للغزالى ١٧٢/٢، المعتمد /١٦٩، شرح تنقيح الفصول للقرافى ص٣٧٢.

وقد اختلف فى صفة الإقامة: والذى يراه الأحناف: أن الإقامة مثنى مثنى، مع تربيع التكبير مثل الآذان إلا أنه يزيد فيها بعد حى على الفلاح: قد قامت الصلاة مرتين[1] ، [2].

واستدلوا على ذلك: بحديث عبد الله بن زيد[3] - ﷺ - أنه جاء إلى النبى - ﷺ - فقال: يا رسول الله: إنى رأيت فى النوم كأن رجلاً نزل من السماء عليه بردان أخضران، نزل على حائط من المدينة، فأذن مثنى مثنى ثم جلس، ثم أقام فقال مثنى مثنى[4].

فهذا خبر واحد، عمل به الحنفية فى أمر تعم به البلوى، حيث إن الآذان يتكرر فى اليوم خمس مرات.

وفى هذا يقول الإمام الرازى:

إن أمر الإقامة من أظهر الأشياء وأكثرها شهرة، فلو كانت مثنى، لنقل ذلك نقلاً متواتراً، وحيث لم ينقل ذلك على سبيل التواتر، علمنا أنها ما كانت مثنى، بل كانت فرادى.

قالوا: ولو كانت فرادى، لنقل كونها فرادى، نقلاً متواتراً وحيث لم ينقل ذلك، علمنا أنها ما كانت فرادى.

---

[1] راجع: الاختيار لتعليل المختار ٥٦/١، شرح فتح القدير، بدائع الصنائع ١٤٨/١.

[2] بينما يرى الإمام مالك، والإمام الشافعى، والإمام أحمد: أن الإقامة كلها فرادى، عدا: قد قامت الصلاة، فهى مرتين عند الشافعى وأحمد.

المغنى لابن قدامة ٤٠٦/١، روضة الطالبين للنووى ٣٠٩/١، بداية المجتهد لابن رشد ١١٠/١، مغنى المحتاج ١٣٦/١.

[3] هو الصاحبى الجليل: عبد الله بن زيد بن الحرث الأنصارى، توفى سنة ٣٢هـ.

[4] راجع: سنن الدارقطنى ٢٤٢/١، نيل الأوطار ٤٤/٢، سبل السلام ١٤٣/١.

قلنا: كونها مثنى إشارة إلى كونها مذكورة فى المرة الثانية، وهذا ليس موجوداً، ولو كان موجوداً فى المرة الثانية حاصلاً، لكانت الدواعى فى غاية التوفر على نقله، وحيث لم ينقل، علمنا أنه ما كان موجوداً.

أما كونه فرادى، إشارة إلى عدم الذكر فى المرة الثانية فالعدم لا حاجة فيه إلى الذكر، لأن الأصل فى الأشياء العدم فظهر الفرق.

ثم قال الإمام الرازى بعد ذلك: والذى يقرر ما ذكرناه: أن مذهب أبي حنيفة: أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى يجب أن يكون مردوداً.

قال:" لأنه لو كان موجوداً لتوفرت الدواعى على نقله وكان يجب أن ينقل نقلاً متواتراً، وحيث لم ينقل علمنا أنه باطل[١].

٢- اختلف الفقهاء فى نقض الوضوء من القهقهة أثناء الصلاة والذى عليه الحنفية: أن القهقهة تنقض الوضوء وتبطل الصلاة التى لها ركوع وسجود[٢].

---

[١] راجع: مناقب الإمام الشافعى للرازى ص٤٧٩، ٤٨٠.

[٢] وذهب الأئمة الثلاثة: مالك، والشافعى، وأحمد، إلى أن القهقهة لا تنقض الوضوء وإن كانت تبطل الصلاة. المبسوط ٧٧/١، الاختيار لتعليل المختار ٥/١، فتح القدير ٤٦/١، الأم ٥٧/١، الفقه على المذاهب الأربعة ٨٧/١، بداية المجتهد لابن رشد ٤٠/١، المغنى لابن قدامة ١٧٧/١.

واستدلوا على ذلك بأدلة:

منها: ما روى عن أبى العالية[1]: أن أعمى تردى فى بئر والنبى - ﷺ - يصلى بأصحابه، فضحك بعض من كان يصلى مع النبى - ﷺ - فأمر النبى - ﷺ - من ضحك منهم أن يعيد الوضوء والصلاة[2].

٣- ظاهر مذهب الإمام أبى حنيفة -خلافاً للجمهور- وجوب الوتر[3].

واحتجوا لذلك:

- بما روى عن ابن عمر - ﷺ - قال: قال رسول الله - ﷺ - إن الله زادكم صلاة وهى الوتر فحافظوا عليها[4].

- ما روى عن خارجة بن حذافة - ﷺ - قال خرج علينا رسول الله - ﷺ - فقال: إن الله قد أمدكم بصلاة هى خير لكم من حمر النعم: الوتر، جعله الله لكم فيما بين صلاة العشاء إلى أن يطلع الفجر[5].

---

[1] هو رفيع بن مهران الريحانى، من كبار التابعين، توفى سنة ١٢هـ، وقيل غير ذلك راجع: تذكره الحفاظ ٦١/١، تهذيب التهذيب ٢٨٦/٨.

[2] راجع: السنن الكبرى ١٤٦/١، سنن الدارقطنى ١٦٣/١.

[3] راجع: الهداية ٦٥/١، بدائع الصنائع ٢٧١/١، الشرح الصغير للدردير ١٦٩/١، المغنى لابن قدامة ١٥٩/٢.

[4] راجع: نيل الأوطار ٤٠/٣.

[5] راجع: سنن الدارقطنى ٣٠/٢، سنن ابن ماجه ٣٦٩/١، المستدرك ٣٠٦/١.

٤- الخارج النجس من البدن من غير السبيلين: كالرعاف والقيئ- إن ملأ القم - والفصد والحجامة ينقض الوضوء عند الحنفية[١].

واحتجوا لذلك: بما روى عن عائشة -رضى الله عنها- قالت: قال رسول الله - ﷺ - من أصابه قئ أو رعاف أو قلس أو مذى فلينصرف فليتوضأ، ثم ليبن على صلاته، وهو فى ذلك لا يتكلم[٢].

فهذه الأمور المذكورة مما تعم بها البلوى، وقد أثبت لها الحنفية حكماً بخبر آحاد وهذا يخالف مذهبهم فى أن خبر الواحد لا يحتج به فيما تعم به البلوى.

أجاب الحنفية: بأن هذه المسائل ليست من باب ما تعم به البلوى؛ لأنها نادرة الوقوع، فالفصد لا يكثر للمتوضئين، والقهقة فى الصلاة ليست مما يكثر، وما تعم به البلوى فعل يكثر تكرره سبباً للوجوب عليهم، فيحتاج الكل إلى معرفته حاجة شديدة كالبول والصلاة، أو حال يكثر تكرره للكل حال كونه سبباً للوجوب عليهم أيضاً، فيحتاج الكل إلى معرفته حاجة شديدة، سواء كان مبنياً على اختيارهم أو غير مبنى عليه كالحدث عن

---

[١] وقال مالك والشافعى لا ينقض، وقال أحمد: إن كان كثيراً فاحشاً نقض قولاً واحداً، وإن كان يسيراً، فروى عنه النقض وعدمه.

[٢] راجع: بدائع الصنائع ٢٤/١، الفقة على المذاهب الأربعة ٨١/١، الاختيار لتعليل المختار ١٤/١ المغنى لابن قدامة ١٨٤/١، الام ٥٣/١، ٥٤، الشرح الصغير للدردير ٥٥/١.

المس، فإن سببه -وهو المس- يكثر، بخلافه عن التقاء الختانين، فإنه لا يكثر، لعدم كثرة سببه.

وأما قبول خبر الواحد الدال على وجوب الوتر فقد اشتهر أن النبى - ﷺ - فعله وأمر بفعله[1].

ويجاب عن هذا من قبل الجمهور: بأن هذه المسائل واقعة فى نطاق ما تعم به البلوى، وإن لم تكن من مثل عموم حكم مس الذكر فى انتقاض الوضوء به، فالفصد والحجامة وإن كان لا يتكرر كل يوم من كل إنسان على حده، لكنه يكثر على مستوى عموم الخلق، لاسيما إذا عرفنا أن خصوص الفصد والحجامة غير مقصود بذاته، بل المراد ما يخرج من غير السبيلين، ولا شك أن الناس يبتلون به كثيراً.

وأما دعوى الاشتهار على صلاة الوتر. فهى غير مسموعة.

قال الإمام الرازى: وليس يعصمهم من ذلك: أنه قد تواتر النقل بالوتر؛ لأن وجوبها يعم به البلوى، ولم يتواتر نقله[2].

وذلك لأن العبرة فى اشتهار الخبر وعدمه: بقول أئمة الحديث لا بقولكم، والأحاديث التى سبق ذكرها عند أئمة الحديث آحاد[3].

---

[1] راجع: التقرير والتحبير ٢٩٧/٢، أصول السرخسى ٣٦٩/١.

[2] راجع: المحصول للرازى ٢١٧/٢.

[3] راجع: المستصفى للغزالى ١٧٢/١، المحصول للرازى ٢١٧/٢، المعتمد ١٦٩/٢، حجية خبر الآحاد د/ حسن سنوسى ص٣٨٦.

ثانيـــاً: أدلـــة النافيـــن

استدل النـافون لحجيـة خـبر الواحـد فيمـا تعـم بـه البلـوى بالنص، والإجماع، والمعقول.

- **أمـا النـص**: مـا روى عـن محمـد بـن سـيرين[١] عـن أبـى هريـرة[٢] - ﷺ - قـال"صلـى بنـا رسـول اللـه - ﷺ - إحدى صلاتى العشاء -قد سماها أبـو هريـرة لكن نسيت- فصلـى بنـا ركعتين، ثم سلم، فقام إلى خشبة معروضـة فـى المسجد فاتكأ عليهـا ووضـع يـده اليمنـى علـى اليسـرى، وشـبك بيـن أصابعـه ووضع خده الأيمن على ظهر كفـه اليسرى، وخرجت سرعان الناس من أبـواب المسجد، فقـالوا: قصـرت الصـلاة وفـى القـوم أبوبكر وعمر فهاباه أن يكلماه، وفـى القـوم رجـل فـى يـده طـول يقـال لـه ذو اليدين[٣]، فقـال يارسـول اللـه: أنسيت، أم قصـرت الصلاة؟ فقال لم أنس ولم تقصر.

فقال أو كما يقول ذو اليدين؟ فقالوا: نعم، فتقدم فصلى ما ترك، ثم سلم[٤].

---

[١] هو محمد بن سيرين أبـو بكر الأنصـارى البصـرى، مولـى أنـس بـن مـالك، توفـى بالبصرة سنة ١١٠هـ. راجع: سير أعلام النبلاء ٦٠٦/٤، طبقات بن سعد ١٩٣/٧.

[٢] هو عبد الرحمن بن صخر الدوسى، لزم النبى -صلى الله عليه وسلم- حتى أصبح أكثر الصحابة حفظاً، توفى سنة ١٥٩هـ. راجع: تذكرة الحفاظ.

[٣] هو الصاحبى الجليل الخرباق بن عمرو السالمى. راجع: أسد الغابة ١٧٩/٢.

[٤] راجع: فتح البـارى بشرح صحيح البخـارى ٩٩/٣، صحيح مسلم بشـرح النـووى ٦٧/٥، وما بعدها، نيل الأوطار للشوكانى ١٣٠/٣.

ووجــه الدلالـة:

أن حكم الصلاة مما تعم به البلوى، وتتوافر الدواعى على السؤال على حكمها، خصوصاً للصحابة - رضى الله عنهم- لما كانوا عليه من الاهتمام بأمور الدين، فلما انفرد ذو اليدين بإخباره بالسهو، ولم يقبل منه النبى - صلى الله عليه وسلم - لمجرده حتى تثبت من بقيه الحاضرين، دل على أن انفراد الواحد فيما تعم به البلوى غير مقبول.

ويمكن أن يجاب عن ذلك: بأن توقف النبى - ﷺ - فى خبر ذى اليدين، إنما كان؛ لأن الحادثة قد وقعت بين جماعة، ولم يخبر إلا واحد منهم، وهذا فيه احتمال السهو أو الكذب، لأن انفراد واحد بين جماعة مشاركة فى سبب العلم مظنه ذلك، فلما زال هذا الاحتمال بانضمام غيره إليه وترجح قوله بخبر جماعة معه، عمل النبى- ﷺ - بذلك، فيكون التوقف من أجل كونه خبراً تفرد به واحد من بين جماعة، لا أنه خبر واحد، إذا لم يكن توقف النبى - ﷺ - فى خبره لكونه وارداً فى مسأله تعم بها البلوى[1].

وأما الإجماع: فهو أن أبا بكر رد حديث المغيرة فى الجدة، ورد عمر خبر أبى موسى فى الاستئذان[2].

---

[1] راجع: نظم الفرائد لما تضمنه حديث ذى اليدين من الفوائد للحافظ العلائى ص٣٩٧، ميزان الأصول فى نتائج العقول للسمرقندى ص٤٤٦، بحوث فى السنة المطهرة للأستاذ الدكتور/ محمد محمود فرغلى ص١٧٠، ١٧١.

[2] راجع: المحصول ٢١٧/١.

أجيب عن ذلك: بأنه كان يجب ذلك الذى قلتم لو لم يقبلوا فيه إلا خبراً متواتراً، فأما إذا لم يقبلوا خبر الواحد، وقبلوا خبر الإثنين، فلا وقد قبلوا خبر الإثنين فيه، فلم ينفعكم ذلك.

أما المعقول: فمن وجوه:

الوجه الأول: بأن العادة تقتضى استفاضة نقل ما تعم به البلوى؛ وذلك لأن ما تعم به البلوى – كمس الذكر – لو كان مما ينتقض به الطهارة لأشاعه النبى – ﷺ – ولم يقتصر على مخاطبة الآحاد، بل يلقيه إلى عدد يحصل به التواتر أو الشهرة؛ مبالغة فى إشاعته؛ لئلا يفضى إلى بطلان صلاة كثير من الأمة من غير شعور به.

ولهذا تواتر نقل القرآن، واشتهرت أخبار البيع والنكاح والطلاق وغيرها[1].

قال شمس الأئمة السرخسى فى أصوله، وكذا البخارى فى كشف الأسرار.

– ولهذا لم تقبل شهادة الواحد من أهل المصر على رؤية هلال رمضان إذا لم تكن بالسماء علة.

– ولم يقبل قول الصبى فيما يدعى من إنفاق مال عظيم على اليتيم فى مدة يسيرة وإن كان ذلك محتملاً؛ لأن الظاهر يكذبه فى ذلك.

[1] راجع: أصول السرخسى ٣٦٨/١، كشف الأسرار للبخارى ١٧/٣.

- ولو انفرد واحد بنقل قتل ملك فى السوق، لا يقبل؛ لأن ما تعم به البلوى مما تتوافر الدواعى على نقله، فرواية الواحد له دليل على كذبه.

ثم قالا: يوضحه: أنا لم نقبل قول الرافضة فى دعواهم النص على إمامة على - ﷺ - ؛ لأن أمر الإمامة مما تعم به البلوى، لحاجة الجميع إليه، فلو كان النص ثابتاً لنقل نقلاً مستفيضاً، وحين لم ينقل دل على أنه غير ثابت[1].

وأجاب الجمهور عن ذلك:

بأنه لا يلزم من عموم البلوى اشتهار حكمها؛ فإن حكم الفصد والحجامة والقهقهة فى الصلاة، وإفراد الإقامة وتثنيتها، وقراءة الفاتحة خلف الإمام وتركها والجهر بالتسمية وإخفائها، وعامة تفاصيل الصلاة لم تشتهر مع أن هذه الحوادث عامة، ويرجع السبب فى ذلك: إما لترك كل واحد من النقلة الرواية اعتماداً على غيره، وإما لموت عامتهم فى حرب أو وباء، وإما لانشغالهم بالجهاد وغيره[2].

وقد يرجع سبب عدم الاشتهار: إلى أن النبى - صلى الله عليه وسلم - لم يكلف بإشاعة جميع الأحكام، بل كلف بإشاعة البعض، وجوز له رد الخلق إلى خبر الواحد فى البعض، كما جوز له ردهم إلى القياس فى قاعدة الربا، مع أنه يسهل عليه أن

---

(1) راجع: أصول السرخسى ٣٦٨/١، كشف الأسرار للبخارى ١٧/٣، وراجع: المحصول للرازى ٢١٨/٢، شرح تنقيح الفصول للقرافى ص٣٧٢، مختصر ابن الحاجب ٧٢/٢، أصول الفقه د/ محمد أبو النور زهير ص١٢٨.

(2) راجع: كشف الأسرار للبخارى ١٧/٣، التمهيد للكلوذانى ٨٩/٣.

يقول: لا تبيعوا المطعوم بالمطعوم أو المكيل بالمكيل إلا مثلاً بمثل، حتى يستغنى عن الاستنباط من الأشياء الستة، فيجوز أن يكون ما تعم به البلوى من جملة ما تقتضى مصلحة الخلق أن يردوا فيه إلى خبر الواحد، وعند ذلك يكون صدق الراوى ممكناً، فيجب تصديقه[1].

ثم إن النبى - ﷺ - ليس مكلفاً بإشاعة الخبر على عدد التواتر، وإنما هو ملكف بالتبليغ فقط، والتبليغ يتحقق بالتبليغ لواحد ولأكثر، من غير فرق بين ما تعم به البلوى وما لا تعم[2].

قال الإمام الرازى:

إن ذلك -أى إشاعة الخبر على عدد التواتر- يجب أن لوكان يتضمن علماً، أو أوجب العمل به على كل حال.

فأما إذا أوجبه بشرط أن يبلغه فليس فيه تكليف مالا طريق إليه، ولو وجب ذلك فيما تعم به البلوى: لوجب فى غيره، لجواز أن لا يصل إلى من كلف به.

فإن قلتم هناك: إنه كلف العمل به بشرط أن يبلغه: قيل لكم مثله فيما تعم به البلوى[3].

والقول: بأن عدم إشاعة الخبر يوجب فساد العبادة على الناس من حيث لا يشعرون غير مسلم؛ لأن الأحكام إنما تثبت بالعلم بها، فمن لم يعلم بالحكم لا يؤاخذ بتركه، ومن علم به من

---

[1] راجع: المستصفى للغزالى ١/١٧٢.

[2] راجع: الأحكام للآمدى ٢/١٦٢.

[3] راجع: المحصول للرازى ٢/٢١٨، المعتمد ٢/١٦٩.

أى طريق وجب عليه العمل به، ولا يشترط لمعرفته التواتر، بل إن غلبه الظن كافية فى إثباته، وخبر الواحد يفيد فى ذلك.

أما القول:" بأن ما تعم به البلوى مما تتوافر الدواعى على نقله".

فيجاب عنه: بأن الدواعى إنما تتوافر على نقل ما تعم به البلوى، إذا كان لا طريقٍ لثبوته إلا التواتر، ولكن ما تعم به البلوى يثبت بالقياس اتفاقاً، وخبر الواحد ظنى كالقياس، فوجب قبوله فيه.

وأما مسألة إمامة سيدنا على - ﷺ - فإنها مما تتوفر الدواعى على نقلها، وإذا انفرد واحد بما تتوافر الدواعى على نقله، وقد يشاركه خلق كثير فى مشاهدة ذلك الشئ، كما لو انفرد واحد بقتل الخطيب على المنبر فهو كاذب قطعاً؛ لأنه لو كان كذلك لنقل من قبل الجمع الكبير الذى شاهده؛ لأن الدواعى تتوفر على نقله، وإمامة سيدنا على - ﷺ - من هذا القبيل، ولا كذلك ما تعم به البلوى، فافترقا[1].

* **الوجه الثانى:** الخبر حينما يرد فى مسألة تعم بها البلوى يكون شاذاً أى نادراً فيما تمس الحاجة إليه فى عموم الأحوال لكافة الناس، ويحتاجٍ العام والخاص إلى معرفته للعمل به، فإذا ورد هذا الخبر آحاداً، فإنه لا يقبل؛ إذ يترتب على قبوله أحد محظورين، وهما: تقصير النبى - ﷺ - فى تبليغ الرسالة، أو

---

[1] راجع: التبصرة للشيرازى ص٣١٥، العدة للقاضى أبى يعلى ٨٨٤/٣، التمهيد للكوذانى ٩٠/٣.

تقصير الصحابة فى نشر ما بلغه النبى - ﷺ - فيهم إلى الناس.[1]

دفع هذا: بأن وجوب التبليغ ليس معناه أن يبلغ كل واحد كل حديث إلى كل واحد، وإنما معناه: عدم الإخفاء، ولذا قال الله -تعالى-" فاسألوا أهل الذكر" [2].

* **الوجه الثالث:** أن عدم اشتهار الحديث فيما تعم به البلوى يدل على عدم ثبوته من النبى - ﷺ - فلا يعمل به. كما إذا اختل بعض شروطه من إسلام الراوى وعدالته، وغير ذلك.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن ما تعم به البلوى لابد أن يبينه النبى - ﷺ - بياناً شائعاً، إذ هو المتعين لذلك، وواجب عليه بيان شريعة الإسلام، فلا يظن به ترك الواجب.

وبيانه بطريق الشيوع بطريقين:

الأول: أن يبين النبى - ﷺ - بملأ من الناس.

الثانى: أن يسأله كل من يحتاج إليه فيبينه له، حتى يعم الكل بالبيان وإذا، كان كذلك يشتهر، فلا يبقى فى حيز الآحاد[3].

فإن قيل: لم لايجوز أن النبى - ﷺ - بين ذلك بياناً ظاهراً، إلا أنهم لم ينقلوه نقلاً مستفيضاً، فلم يشتهر؟[4]

قلنا: لا نظن بالصحابة -رضى الله عنهم- أنهم تغافلوا عن نقل ذلك، وقد تعلق به حكم الشرع، مع ما قد عرفنا من جدهم فى أمر الشريعة وحرصهم على بسطها. [5]

---

(1) راجع: أصول السرخسى ٣٦٨/١، التوضيح لصدر الشريعة ١٨/٢، فتح الغفار لابن نجيم ٩٦/٢.

(2) من الآية (٤٣) من سورة النحل.وراجع: التلويح للتفتازانى ١٨/٢، ١٩.

(3) راجع: بذل النظر للإسمندى ص٤٧٤، المعتمد ١٦٨/٢، ١٦٩.

(4) راجع: بذل النظر للإسمندى ص٤٧٤.

(5) راجع: المرجع السابق.

فإن قيل: إنما يقدمون على نقله إذا وجب عليهم ذلك، وإنما يجب عليهم ذلك إذا وجب العمل بالحديث، ووجوب العمل بالحديث، موقوف على بلوغ الحديث. فمن لم يبلغه الحديث لا يجب العمل له، فلا يتوافر نقله، فلا يشتهر.

قلنا: كما أن وجوب العمل بالحديث داع إلى نقله، فبسط الشريعة ونشر الأحكام داع إليه، على أن البلوى إذا كانت عامة، فكل واحد يحتاج إلى معرفة أحكامها، حتى لو وقعت الحادثة يمكنه الخروج عن عهدتها، فيبعث كل واحد إلى نقله، حتى يتمكن كل من احتاج إليه من معرفة حكمه.

وبهذا الطريق تواتر نقل أصول الشريعة، كالصوم والصلاة والحج والزكاة، فمتى لم يشتهر النقل عند توفر الدواعي، علم أنه غير ثابت[1].

فإن قيل: ما قولكم في الأخبار الواردة فيما تخص به البلوى: أن النبي - ﷺ - لم يبين بياناً ظاهراً مع تعينه لذلك، أو بين ولم ينقله السامعون، فكل ما تذكرونه في ذلك، فنحن نذكره في المختلف؟.

قلنا: لكل ذلك وجه، إذ لا يمتنع أن يكون النبي - ﷺ - بين لمن علم اختصاصه بالحاجة إليه، ولا يكون ذلك كتماناً وتقصيراً في البيان.

ولا يمتنع أيضاً: أن النبي - ﷺ - بين بياناً شائعاً إلا أنهم اقتصروا على نقله بسبب الحاجة، فأما ما تعم به البلوى فمحال أن يتقاعدوا عن نقله؛ لتوفر الدواعي إليه[2].

---

(1) راجع: بذل النظر ص٤٧٥.

(2) راجع: المرجع السابق.

المبحـــث الثالـــث

تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف فى حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى فى اختلاف الفقهاء

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: نقض الوضوء بمس الذكر.

المطلب الثانى: الجهر بالبسملة فى قراءة الفاتحة فى الصلاة.

المطلب الثالث: رفع اليدين عند الركوع والرفع منه.

المطلب الرابـع: ثبوت رؤية هلال رمضان بشهادة الواحد.

المطلب الخامس: ثبوت خيار المجلس فى عقد البيع.

المطلـب الأول

نقض الوضوء بمس الذكر

اختلف الفقهاء فى حكم نقض الوضوء بمس الذكر على رأيين:

الرأى الأول:

أن مس الذكر باليد ناقض للوضوء، وإلى هذا ذهب الشافعى، ومالك في المشهور عنه، وأحمد فى إحدى الروايتين عنه.

غير أن الشافعى يخص ذلك بالمس بباطن الكف، ومالكاً يشترط اللذة أو العمد[١].

واستدلوا لذلك: بحديث بسرة بنت صفوان[٢] -رضى الله عنهما- أنها سمعت رسول الله - ﷺ - يقول:" إذا مسّ أحدكم ذكره فليتوضأ".

وفى رواية أخرى "من مس ذكره فلا يصل حتى يتوضأ".[٣]

الرأى الثانى:

أن مس الذكر غير ناقض للوضوء، وإلى هذا ذهب الحنفية.

واستدلوا لذلك: بما روى ... عن قيس[٤] بن طلق بن على عن أبيه عن النبى - ﷺ - أنه سئل عن الرجل يمس ذكره فى الصلاة، فقال:" هل هو إلا بضعة منك"؟ [٥].

---

[١] راجع: الأم ٥٥/١، المغنى ١٧٨/١، الشرح الصغير للدردير ٥٩/١، روضة الطالبين ١٨٦/١، الفقة الإسلامى وأدلته ٢٧٧/١، وما بعدها، تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص٦٤، ٦٥، مغنى المحتاج ٣٥/١.

[٢] هى الصاحبيه الجليله :بسرة بنت صفوان بن نوفل بن أسد بن عبد العزى بن قصى بن كلاب القرشية الأسدية. راجع: الإصابة ٢٥٥٢/٤.

[٣] راجع: الموطأ ٤٢/١، سنن الترمذى ١٢٦/١، السنن الكبرى ١٢٨/١، سنن ابن ماجة ١٦١/١.

[٤] هو الصحابى الجليل: قيس بن طلق بن على بن المنذر بن قيس اليمامى. راجع: الإصابة ٢٣٢/٤.

[٥] راجع: سنن أبى داود ٤٦/١، سنن الترمذى ١٣٢/١.

قال الكمال بن الهمام: وكلا الحديثين مع ذلك لم يسلم من الطعن مرة فى بسرة بالجهالة، ومرة بأن عروة لم يسمع من بسرة، ومرة بالتكلم فى ملازم وغير ذلك.

وردوا حديث بسرة بنت صفوان: بأنه خبر واحد فيما تعم به البلوى. حيث قال الكمال بن الهمام: ومما يدل على انقطاع حديث بسرة باطناً: أن أمر النواقض مما يحتاج الخاص والعام إليه، كذا قال فى فتح القدير والتحرير(١).

ثم قال فى التحرير: وهذا السبب كثير التكرار، وخبره هذا لم يشتهر ولم تتلقه الأمة بالقبول(٢).

وقال شمس الأئمة السرخسى فى أصوله: وعلى هذا الاصل لم نعمل بحديث نقض الوضوء من مس الذكر، لأن بسرة تفردت بروايته مع عموم الحاجة لهم إلى معرفة لهم، فالقول: بأن النبى – صلى الله عليه وسلم – خصها بتعليم هذا الحكم مع أنها لا تحتاج إليه ولم يعلم سائر الصحابة مع شدة حاجتهم إليه شبه المحال(٣).

= ثم قال: والحق أنهما لا ينزلان عن درجة الحسن، لكن يترجح حديث طلق؛ بأن حديث الرجال أقوى؛ لأنهم أحفظ للعلم وأضبط، ولهذا جعلت شهادة امرأتين بشهادة رجل، وقد أسند الطحاوى إلى ابن المدينى، أنه قال: حديث ملازم أحسن من حديث بسرة، وما رجح به حديث بسرة من أنه ناسخ؛ لأن طلقاً قدم على النبى – صلى الله عليه وسلم – فى أول سنى الهجرة وهو يبنى المسجد، وكان – صلى الله عليه وسلم – يقول:" قربوا اليمانى من الطين فإنه من أحسنكم له مساً" ومتن حديث بسرة رواه أبو هريرة وهو متأخر الإسلام، فغير لازم؛ لأن ورود طلق إذ ذاك ثم رجوعه لا ينفى عوده بعد ذلك. فتح القدير ١/٥٥.

(١) راجع: شرح فتح القدير ١/٥٥، التقرير والتحبير ٢/٢٩٦.

(٢) راجع: التقرير والتحبير على تحرير الإمام الكمال بن الهمام ٢/٢٩٦.

(٣) راجع: أصول السرخسى ١/٣٦٨.

كما قال فى المبسوط: وحديث بسرة لا يكاد يصح، فقد قال يحيى بن معين: ثلاث لا يصح فيهن حديث عن رسول الله - ﷺ - منها هذا.

وما بال رسول الله - ﷺ - لم يقل هذا بين يدى بسرة، وقد كان رسول الله - ﷺ - أشد حياء من العذراء فى خدرها[1].

المطلب الثانى

الجهر بالبسملة فى قراءة الفاتحة فى الصلاة الجهرية

الجهر بسورة الفاتحة مشروع بالاتفاق فى الصلوات الجهرية.

أما البسملة ففيها خلاف بين الأئمة الثلاثة: أبى حنيفة، والشافعى، وأحمد[2].

أما الإمام مالك[3]: فإنه يكره عنده الإتيان بالبسملة فى الفرض، سواء كان المصلى إماماً أو غيره، سراً أو جهراً، لأنها عنده ليست آية من القرآن إلا فى سورة النمل[4].

---

[1] راجع: المبسوط ٦٦/١، وراجع: تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص٦٤، بدائع الصنائع ٣٠/١، مفتاح الوصول لابن التلمسانى ص١٣، كشف الاسرار للبخارى ١٨/٣، المستصفى ١٧١/١، ١٧٢، البحر المحيط ٢٥٧/١، أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ص٢٣٤، مناقب الإمام الشافعى للرازى ص٤٣٨.

[2] هو الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيبانى، أحد الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب، توفى سنة ٢٤١هـ. راجع: تاريخ بغداد ٤١٥/٤.

[3] هو مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر الأصبحى، إمام دار الهجرة وأحد المذاهب الأربعة ، توفى سنة ١٧٩هـ. راجع الأعلام ١٢٨/٦، شذرات الذهب ٢٨٩/١.

[4] راجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ١٢١/١.

– فذهب الشافعي: إلى أن المصلى صلاة جهرية يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم – فيها، كما يجهر ببقية الفاتحة.

واستدل لذلك:

– بما روى عن ابن عباس[١]– ﷺ– أن النبي – ﷺ – جهر ببسم الله الرحمن الرحيم[٢].

– وبما روى عن على بن أبى طالب– ﷺ– قال كان رسول الله – ﷺ – يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم فى السورتين جميعاً[٣]، [٤].

وذهب الإمام أبو حنيفة، والإمام أحمد إلى أنه يسر بها واحتجوا لذلك: بما روى عن أنس[٥]– ﷺ– قال: صليت خلف رسول الله – ﷺ – وخلف أبى بكر وعمر وعثمان –رضى الله عنهم– فلم أسمع أحداً منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم[٦].

وردوا الحديث الذى احتج به الشافعي: بأنه خبر واحد فيما تعم به البلوى، فلا يقبل؛ وذلك لأن القراءة فى الصلاة من

---

[١] هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب –رضى الله عنهما– أبو العباس الهاشمى بن عم رسول الله – ﷺ – توفى سنة ٦٨هـ. راجع: الإصابة ١٤١/٤، تذكرة الحفاظ ٤٠/١، ٤١.

[٢] راجع: سنن الدار قطنى ٣٠٤/١.

[٣] راجع: سنن ابن ماجه ٢٦٧/١، سنن الدارقطنى ٣٠٢/١.

[٤] راجع: حاشية قليوبى على شرح جلال الدين المحلى ١٤٨/١، ١٤٩، مناقب الإمام الشافعى للرازى ص٥٠٦، فتح القدير ٢٩١/١، ٢٩٢. تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص٦٥، ٦٦

[٥] هو الصاحبى الجليل أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم أبو حمزة الأنصارى الخزرجي، خادم رسول الله– ﷺ –، توفى سنة ٩٢هـ وقيل ٩٣هـ. راجع: الإصابة ٨٤/١، تذكره الحفاظ ٤٤/١.

[٦] راجع: سننالنسائى١٣٥/٢، سنن ابن ماجة ٢٦٧/١.

الأمور المشهورة، التى يطلع عليها العدد الكثير، فلو كانت السنة الواردة فى الجهر بالتسمية صحيحة لا شتهرت روايتها، ونقلها الكثير من الرواه، وصارت مشهورة، فإذا لم تشتهر كان ذلك دليلاً على عدم صحتها[1].

قال فى العناية شرح الهداية:

فإن قيل: خبر الإخفاء بالتسمية مما تعم به البلوى كحديث مس الذكر، فإن الصلاة التى يجهر فيها بالقراءة ثلاث فى كل يوم وليلة، فلو كان هذا الخبر ثابتاً فى الصدر الأول لا شتهر، ولو اشتهر لما بقى الاختلاف فى الصدر الأول، ولما بقى الاختلاف فيه مع عموم البلوى دل على زيافته.

اجيب: بأن الأحاديث التى تدل على ثبوت الجهر وتوجب الاختلاف قد ذكرنا تأويلها .....

بأنها محمولة على التعليم، كما شرع الجهر بالتكبير للإعلام، وكما روى عن عمر - ﷺ - أنه جهر بالثناء بعد التكبير للتعليم[2].

والصواب أن يقال: هذا الاعتراض ساقط بالمعارضة، فإن لنا أن نقول خبر الجهر بالتسمية أيضاً مما تعم به البلوى[3].

---

[1] راجع: كشف الاسرار للبخارى ١٨/٣، أصول السرخسى ٣٦٨/١، تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص٦٤، ٦٥، فتح القدير ٢٩١/١، ٢٩٢، أصول الفقه الإسلامى لذكى الدين شعبان ص٦٥، أصول الفقة لمحمد ذكريا البرديسى ص٢٠٤، أصول الفقة لبدران أبو العينين بدران ص٩٣.

[2] راجع: العناية شرح الهداية ٢٩٢/١.

[3] راجع: العناية ٢٩٢/١.

المطلب الثالث

رفع اليدين عند الركوع والرفع منه

ذهب الشافعى أحمد ومالك فى المشهور عنه: إلى أن المصلى يرفع يديه عند الركوع والرفع منه، كما يفعل ذلك عند تكبير الإحرام[1].

واستدلوا لذلك: بما روى عن بن عمر قال: رأيت رسول الله- ﷺ - إذا قام فى الصلاة رفع يديه حتى يكونا حذو منكبيه، وكان يفعل ذلك حتى يكبير للركوع، ويفعل ذلك إذا رفع رأسه من الركوع، ويقول: سمع الله لمن حمده، ولا يفعل ذلك فى السجود[2].

وذهب الإمام أبو حنيفة، وأصحابه، وجماعة من أهل الكوفة: إلى عدم الرفع إلا عند تكبيرة الإحرام[3].

واستدلوا على ذلك: بحديث بن مسعود: أنه قال: ألا أصلى بكم صلاة رسول الله - ﷺ - فصلى فلم يرفع يديه إلا فى أول مرة[4].

وقد ورد فى ذلك كلام كثير، ولكن الشاهد فيه أنهم لم يعملوا بحديث بن عمر فى ذلك؛ لأنه من باب من تعم به البلوى، فكان من حقه أن يشتهر، ولم يشتهر[5].

---

[1] راجع: الأم ٢٣٢/٧، مغنى المحتاج ٤٣٥/١، المغنى لابن قدامة ٤٣٥/١ وما بعدها

[2] راجع: فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٢١٩/٢، صحيح مسلم بشرح النووى ٩١/٤، سنن الترمذى ٣٥/١-٣٦ .

[3] راجع: شرح فتح القدير ٣١٠/١.

[4] راجع: سنن الترمذى ٤٠/١.

[5] راجع: كشف الأسرار للبخارى ٧٨٤/٣، أصول السرخسى ٣٦٩/١.

المطلب الرابع

ثبوت رؤية هلال رمضان بشهادة الواحد

إذا كان يوم التاسع والعشرين من شهر شعبان: فعلى الناس أن يطلبوا هلال رمضان؛ لأداء ما فرض عليهم.

فإذا رأى الهلال جماعة يستحيل اتفاقهم على الكذب فى العادة فلا خلاف فى ثبوت رمضان بهذه الرؤية.

كما ذهب أكثر أهل العلم إلى أن من أبصر هلال شهر رمضان وحده لزمه الصيام، عدلاً كان أو غير عدل، شهد عند الحاكم أو لم يشهد، قبلت شهادته أوردت.

وقال عطاء[1] بن أبى رباح والحسن وابن سرين وأحمد - فى رواية - إنه لا يلزمه الصوم إلا فى جماعة الناس[2].

هذا فى حق نفسه.

والذى يهمنا هنا - فى حجية خبر الواحد فيما تعم به البلوى - ما هو فى حق غيره: فهل تقبل شهادة الواحد فى ثبوت رؤية هلال شهر رمضان ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على أقوال ثلاثة:

القول الأول: ذهب الشافعى - فى أصح القولين - وأحمد فى أظهر الروايتين: إلى أنه يقبل فى هلال رمضان قول واحد عدل، ويثبت الصيام بقوله.

---

(1) هو عطاء بن أبى رباح بن صفوان الجندى اليمامى، نزيل مكة ومفتيها، توفى سنة ١١٤هـ. راجع: تذكرة الحفاظ ٩٨/١، طبقات بن سعد ٤٦٧/٥.

(2) راجع: المغنى لابن قدامة: ١٥٦/٣، المنتقى للباجى ٣٩/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢٨٥/١، بدائع الصنائع ٨٠/٢، الفقه الإسلامى وأدلته للزحيلى ٦٠٠/٢.

واستدلوا لذلك:

- بما روى عن ابن عمر -رضى الله عنهما- قال تراءى الناس الهلال، فأخبرت النبى - ﷺ - إنى رأيته فصام وأمر الناس بصيامه[1].

- ما روى عن ابن عباس- ﷺ - قال: جاء أعرابى إلى النبى - ﷺ - فقال: إنى رأيت الهلال فقال: أتشهد أن لا إله إلاالله؟ قال: نعم، قال: أتشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: نعم قال: يا بلال[2]: أذن فى الناس فليصوموا[3] غداً.

وجـــه الدلالـــة:

أن الرسول - ﷺ - صام وأمر بالصوم استناداً إلى إخبار واحد برؤية الهلال، فلو لم تثبت رؤية هلال رمضان بقول الواحد ما فعل الرسول - ﷺ - هذا.

اعترض على وجه الاستدلال: باحتمال أن لا يكون قد شهد عند النبى - ﷺ - غيرهما، أو شهد غيرهما، ومع هذا الاحتمال لا يصح الاستدلال.

أجاب الإمام الشوكانى بقوله: وأما التأويل بالاحتمال المذكور فتعسف وتجويز، لو صح اعتبار مثله لكان مفضياً إلى طرح أكثر الشريعة[4].

---

(1) راجع: سنن أبى داود ٣٠٢/٢، سنن الدارقطنى ١٥٦/٢.

(2) هو سيدنا بلال بن رباح الحبشى، مؤذن رسول الله - ﷺ - وأحد السابقين إلى الإسلام، توفى سنة ٢٠هـ راجع: الإصابة ١٦٥/١، الإستيعاب ١٤١/١.

(3) راجع: سنن الدارقطنى ١٥٦/٢، سنن أبى داود ٣٠٢/٢، نيل الأوطار ٢٢١/٤.

(4) راجع: الأم ١٤٠/٢، روضة الطالبين ٢٠٧/٢، ٢٠٨، نيل الأوطار ٢٢٢/٤.

القـول الثانـى:

لا تثبت رؤية الهلال إلا بشهادة اثنين عدلين فأكثر. وهو المشهور من مذهب المالكية، وبه قال الليث[1] والأوزاعى[2] وروى عن عثمان بن عفان.

واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة:

فبما روى عن الحارث بن حاطب قال: عهد إلينا رسول الله- ﷺ - أن ننسك للرؤية فإن لم نره وشهد شاهد عدل نسكنا بشهادتهما[3].

ووجه الاستدلال: هنا ظاهر، حيث رتب الصوم والفطر على شهادة شاهدين بالرؤية.

أما المعقول: فهو القياس على رؤية هلال شوال.

دفع هذا الاستدلال: بأنه بعد التسليم بصحة الحديث وأنه وارد فى رؤية هلال رمضان، فهو يدل بطريق المنطوق على قبول شهادة العدلين فى رؤية الهلال، ويدل بطريق المفهوم على أن الواحد لا يقبل قوله فى رؤية الهلال، وحجية المفهوم محل خلاف بين العلماء.

---

[1] هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن أبو الحارث المصرى، توفى سنة ١٧٥. راجع: البداية والنهاية ٦٧٤/٥، تهذيب التهذيب ٤٥٩/٨.

[2] هو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعى، الدمشقى، من فقهاء المحدثين، ومن تابع التابعين، توفى سنة ١٥٧هـ. راجع: البداية والنهاية ١١٥/١٠، تهذيب الأسماء واللغات ٢٩٨/١.

[3] راجع: سنن الدارقطنى ١٦٧/٢، سنن أبو داود ٣٠١/٢، نيل الأوطار ٢٢٤/٤.

- وعلى فرض أن هلال شوال لا يثبت إلا باثنين تفرق بين رمضان وشوال، لأن في رؤية هلال رمضان دخول في الفريضة وفي رؤيه هلال شوال خروج من الفريضة فكان في الأول الاقتصار على واحد احتياطاً لفرضية الصوم، ولهذا لم يجز في شوال[1].

القــول الثالــث:

وهو يرى التفرقة بين حالي الصحو والغيم، وأصحاب هذا القول هم الحنفية.

فإن كان الجو صافياً، وليس هناك ما يمنع من رؤية الهلال من سحاب أو غبار ونحوهما، فلا يقبل قول الواحد في رؤية الهلال؛ لأن ظاهر الحال هنا يكذبه.

قلت: وهم في هذا عاملون بأصلهم: وهو رد خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

ويوجهون ذلك فيقولون: لأنه إذا كان هناك جماعة متساوون في الرؤية، والاحتياج إليه، والاهتمام به، ولم يحل بينهم حائل، فالظاهر أن يرى الهلال أكثر من واحد، فإذا لم يره إلا واحد كان مخطئاً أو كاذباً.

هذا بخلاف ما إذا كان الجو غير صاف: بأن كان هناك غيم أو سحاب ونحوهما مما يمنع الرؤية عادة، فإنه يجوز أن ينفرد بالرؤية واحد[2].

---

[1] راجع: بداية المجتهد لابن رشد ٢٨٤/١، المنتقى للباجي ٣٦/٢، الشرح الكبير للدردير ٥٠٩/١، ٥١٠، الفقة الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٩٩/٢ وما بعدها.

[2] راجع: الهداية للمرغيناني ١٢١/١، الاختيار لتعليل المختار ١٦٩/١ وما بعدها بدائع الصنائع ٨٠/٢، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٩٨/٢، ٥٩٩.

قال فى بدائع الصنائع: خبر الواحد العدل إنما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر[1].

وقال صاحب الهداية: وإذا كان بالسماء علة. قبل الإمام شهادة الواحد العدل فى رؤية الهلال، رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو عبداً، لأنه أمر دينى فأشبه رواية الأخبار .... ثم قال: وإذا لم تكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير، يقع العلم بخبرهم؛ لأن التفرد بالرؤية فى مثل هذه الحالة يوهم الغلط، فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعاً كثيراً.

بخلاف ما إذا كان بالسماء علة، لأنه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر[2].

المطلب الخامس

ثبوت خيار المجلس فى عقد البيع

إذا تم الإيجاب والقبول فى مجلس العقد، وتفرق المتبايعان بأقوالهما، ولم يتفرقا بأبدانهما، فهل يثبت لهما خيار المجلس؟

اختلف العلماء فى ذلك على رائيين:

الرأى الأول: يثبت لهما خيار المجلس، وهو لجمهور العلماء: منهم الشافعى، وأحمد، وابن حزم[3].

---

[1] راجع: بدائع الصنائع ٢/٨٠.

[2] راجع: الهداية للمرغينانى ١/١٢١.

[3] راجع: الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ٢/٧٨، المحلى لابن حزم ٨/٣٦٢، حاشيتا قليوبى وعميرة ٢/١٩٠، المغنى لابن قدامة ٣/٥٦٣.

واستدلوا لذلك بأدلة

منها:

- ما روى عن ابن عمر - ﷺ - أن رسول الله - ﷺ - قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا، إلا بيع الخيار[1].

وجه الاستدلال:

وجه الدلالة من هذا الحديث: هو أن النبى - ﷺ - اثبت للمتبايعين الخيار فى المبيع بعد البيع إلى التفرق؛ لأنهما لايكونان متبايعين إلا وقد وقع البيع منهما، والمتبادر من التفرق: إنما هو التفرق بالأبدان، لا بالأقوال، والتبادر من أمارات الحقيقة.

بل فى رواية أخرى عن ابن عمر -رضى الله عنهما- أنه كان إذا بايع رجلاً وأراد أن لا يقيله - أى لا ينفسخ البيع - قام فمشى هنيهة ثم رجع[2].

وفى هذا دليل على أن التفرق بالأبدان لا بالقول[3].

الرأى الثانى: لا يثبت خيار المجلس، بل متى تفرق المتبايعان بالقول فلا خيار إلا ما شرط.

بمعنى: أن عقد البيع ينعقد لازماً إذا تمت الصيغة بالإيجاب والقبول. وهو لفقهاء الحنفية والمالكية.

---

[1] راجع: الموطأ ٦٧١/٢، نيل الأوطار ٢٩٠/٥.

[2] راجع: صحيح مسلم ١٧٥/١٠، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٣٢٦/٤

[3] راجع: صحيح مسلم بشرح النووى ١٧٥/١٠.

واستدلوا لذلك بأدلة.

منها:

- قوله تعالى:" **يآ أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**" [١].

وقوله تعالى:" **وأوفوا بالعهد**" [٢].

ووجه الاستدال:

أن البيع قبل التفرق، أو التخاير يصدق عليه أنه عقد، وأنه عهد، فيكون واجب الوفاء، ولا يكون كذلك إلا إذا كان لازماً.

أجيب عن ذلك: بأن الآية مطلقة وقد قيدها حديث ابن عمر الثابت عن رسول الله - ﷺ - [٣].

قلت: إلى غير ذلك من الأدلة التى لم تسلم من الدفع والرد.

ولكن الشاهد فى هذا الفرع: هو أن الحنفية ردوا حديث ابن عمر الذى استدل به الجمهور ولم يعملوا به، وذلك لأنه ورد خبراً واحداً فى مسألة تعم بها البلوى، على ما قال ابن التلمسانى فى مفتاح الوصول، والزنجانى[٤] فى التمهيد[٥].

وكذلك فعل المالكية: حيث ردوا خبر ابن عمر فى هذا، ولكن ليس لكونه وارداً فى مسألة تعم بها البلوى، فهم يقولون بحجيته، كما سبق، وإنما لمخالفته لعمل أهل المدينة [٦].

---

[١] من الآية (١) من سورة المائدة.

[٢] من الآية (٣٤) من سورة الاسراء.

[٣] راجع: الهداية ٢٠/٣، بدائع الصنائع ٢٢٨/٥، المنتقى للباجى ٥٥/٥، بداية المجتهد ١٧١/٢، المحلى لابن حزم ٣٦٨/٨.

[٤] هو محمود بن أحمد الزنجانى، ابو المناقب، الشافعى، من مؤلفاته: تخريج الفروع على الأصول، توفى سنة ٦٥٦هـ، راجع: الأعلام ١٦١/٧، الفتح المبين ٧٠/٢.

[٥] مفتاح الوصول إلى علم الأصول ص١٣، التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص٦٦.

[٦] راجع: بداية المجتهد ١٧١/٢.

الخاتمـــــة

بعد حمد الله الذى تتم بنعمته الصالحات، وشكر القدير العاصم من الزلات.

فهذا هو بحثى، الذى بذلت فيه قصارى جهدى.

وقد استبان منه:

أن المراد "بعموم البلوى" ما تمس الحاجة إليه فى عموم الأحوال، وينتشر وقوعه بحيث يعسر الاستغناء عنه ويعسر الاحتراز منه إلا بمشقة زائدة.

أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى مردود عند عامة الحنفية، مقبول عند غيرهم.

أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى له أثر كبير فى الفروع الفقهية على ضوء ما ورد من أقوال العلماء فى خبر الواحد فيما تعم به البلوى.

والله أسأل أن يوفق الجميع إلى ما فيه رضاه عنهم، حتى يسعدوا فى ديناهم، ويفوزوا فى أخراهم، وأن يتغمد علماء هذه الأمة ومجتهديها بعظيم رحماته، ويسكنهم فسيح جناته، فقد تركوا لنا تراثاً عزيزاً غالياً، كان بمثابة مشاعل الهدى على الطريق.

كما أسأله أن يوفقنا إلى خدمة شريعته، ويلهمنا الصواب فإنه نعم الموفق والمعين.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابة أجمعين.

أهـــم مراجـع البحـث

١- القـرآن الكريم.

٢- أثر اختلاف الأصوليين فـى اختـلاف الفقهـاء، د/ مصطفـى سعيد الخن، ط، مؤسسة الرسالة.

٣- إرشـاد الفحـول، محمـد بـن علـى الشـوكانى، المتوفـى سـنة ١٢٥٠هـ، ط. محمد على صبيح.

٤- أصـول السرخسى، شمس الأئمة: محمد بن أحمـد السرخسـى المتوفى سنة ٤٩٠هـ، ط. دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٥- أصـول الفقـه، محمـد أبـو النـور زهـير، ط. دار الطباعـة المحمدية.

٦- أصول الفقه أ.د/ ذكى الديـن شـعبان. ط. دار نـافع للطباعـة والنشر.

٧- أصول الفقه أ.د/ بدران أبو العينين بدران، ط. دار المعارف ١٩٦٩م.

٨- أصـول الفقـه للشـيخ محمـد الخضـرى، ط . دار الفكـر ١٤٠٩هـ.

٩- إعـلام الموقعيـن، محمـد بـن أبـى بكـر بـن أيـوب بـن سـعد الدمشقى المعروف بابن قيم الجوزية المتوفـى سـنة ٧٥١هـ، ط . مطابع الإسلام بالقاهرة.

١٠- الإحكام فى أصول الأحكـام، سيف الدين علـى بـن محمـد الآمدى المتوفى سنة ٦٣١هـ، ط . محمد على صبيح بمصر.

١١- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأى والآثار. الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر الأندلسي، المتوفى سنة ٤٦٣هـ ، ط . دار الوعى، حلب - القاهرة.

١٢- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي. جلال الدين السيوطي.

١٣- البحر المحيط، محمد بن بهادر بن عبد الله، التركى، المصرى، الزركشى، المتوفى سنة ٧٩٤هـ، ط . دار الصفوة للطباعة والنشر بالغردقة ومراجعة د/ عبد الستار أبو غدة، والشيخ عبد القادر عبد الله الغانى.

١٤- البرهان فى أصول الفقه، إمام الحرمين: عبد الملك بن عبد الله الجوينى المتوفى سنة ٤٧٨هـ، ط . دار الأنصار بالقاهرة تحقيق د/ عبد العظيم الديب.

١٥- التقرير والتحبير، محمد بن محمد بن حمد بن حسن الحلبى، المتوفى سنة ٨٧٩هـ، ط . دار الكتب العلمية، بيروت.

١٦- العدة فى أصول الفقه، أبو يعلى: محمد بن الحسين الفراء القاضى الحنبلى، المتوفى سنة ٤٥٨هـ، تحقيق د/ أحمد بن المباركى، ط . الرياض بالسعودية.

١٧- المبسوط: شمس الأئمة، محمد بن أحمد السرخسى، ط . دار المعرفة - بيروت.

١٨- المحصول فـي علـم الأصـول، الفخـر الـرازى، محمـد بـن عمر الرازى، المتوفى سنة ٦٠٦هـ، ط . دار الكتب العلمية.
١٩- المستصفى من علم الأصول للغزالى، أبو حامد: محمد بـن حمد الغزالـى، المتوفـى سـنة ٥٠٥هـ، طبـع مـع فواتـح الرحموت، ومسلم الثبوت، ط . المطبعة الأميرية.
٢٠- الموطـأ للإمـام مـالك بـن أنـس الأصبحـى، المتوفـى سـنة ١٧٩هـ، ط . مكتبة المتنبى.
٢١- بحوث في السنة المطهره للأستاذ الدكتـور/ محمـد محمـود فرغلى، ط . دار الكتاب الجامعي ١٤٠٢هـ.
٢٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد، محمـد بـن أحمـد بن رشد، المتوفى سنة ٥٩٥هـ، ط . مصطفى الحلبى.
٢٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمـام عـلاء الديـن أبـى بكر بن مسعود الكاسانى، ط . دار الكتب العلمية - بـيروت - ١٤٠٦هـ.
٢٤- بـذل النظـر فـى الأصـول، الإمـام محمـد بـن عبـد الحميـد الأسمندى المتوفى سنة ٥٥٢هـ، ط . مكتبـة دار الـتراث بالقاهرة، تحقيق وتعليق د/ محمد زكى عبد البر.
٢٥- تيسير التحريـر، محمـد أمين، المعروف بادشـاه الحسـينى الحنفى، ط . مصطفى البابى الحلبى.
٢٦- حاشـيتا قليوبـى وعمـيرة علـى شـرح الجـلال المحلـى، ط/ عيسى الحلبى.

٢٧- حاشية الدسوقى للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات أحمد الدردير، ط . دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبى.

٢٨- رفع الحرج فى الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته د/ صالح بن عبد الله بن حميد، ط . دار الإستقامة ١٤٠٤هـ، الطبعة الثانية.

٢٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين أبو زكريا يحيى بن شرف النووى، ط .دار الكتب العلمية - بيروت.

٣٠- سنن أبى داود .. الحافظ، سليمان بن الأشعث السجستاتى، المتوفى سنة ٢٧٥هـ.

٣١- سنن الترمذى/ أبو عيسى، محمد بن عيسى الترمذى، المتوفى سنة ٢٩٧هـ.

٣٢- شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ... شمس الدين، محمد بن أحمد المحلى المتوفى سنة ٨٦٤هـ، ط . المطبعة الأزهرية المصرية.

٣٣- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب عضد الدين، عبد الرحمن ابن أحمد الإيجى المتوفى سنة ٧٥٦هـ، ط/ مكتبة الكليات الأزهرية.

٣٤- شرح الكوكب المنير المسمى (بمختصر التحرير) ... محمد بن أحمد المعروف بابن النجار، المتوفى سنة ٩٧٢هـ، ط/ دار الفكر بدمشق.

٣٥- شرح اللمع فى أصول الفقه ... أبو إسحاق: إبراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ، تحقيق د/ عبد المجيد تركى، ط . دار الغرب الإسلامى.

٣٦- شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول ... شهاب الدين أبو العباس ... أحمد بن إدريس القرافى، المتوفى سنة ٦٨٤هـ، ط . شركة الطباعة الفنية المتحدة.

٣٧- شرح فتح القدير ... كمال الدين: محمد بن عبد الواحد بن الهمام، المتوفى سنة ٨٦١هـ، طبع مع شرح العناية، ط/ مصطفى الحلبى.

٣٨- صحيح مسلم بشرح النووى ... أبو الحسين: مسلم بن الحجاج النيسابورى، المتوفى سنة ٢٦١هـ، ط . دار الريان.

٣٩- فتح البارى شرح صحيح البخارى ... الحافظ: أحمد بن على بن حجر العسقلانى، المتوفى سنة ٨٥٢هـ، ط . دار الريان.

٤٠- كشف الأسرار على أصول البزدوى ... علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى، المتوفى سنة ٧٣٠هـ، ط . دار الكتاب العربى، بيروت.

٤١- ميزان الأصول فى نتائج العقول للسمرقندى، ط .

٤٢- الوجيز فى أصول الفقه للإمام يوسف بن الحسين الكراماستى، المكتب الثقافى للنشر والتوزيع ١٩٩٠م، طبعة أولى.

فهـــرس الموضـــوعات

الترقيم الدولى: I.S.B.N

٩٧٧-٥٥٣٢-٧٩-٥

مطبعـة الصفا والمروة

١٦ ش الروضـة - أسيـوط



كلية الشريعة والقانون

حقيقة الغرة

إعداد

أ.د/ سيف رجب قزامل

رئيس قسم الفقه المقارن

وعميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله نحمده ونستعين ونستهديه ونصلى ونسلم على خاتم رسل الله سيدنا محمد بن عبد الله وعلى أله وأصحابه وأتباعه ومن والاه،

وبعـــد،

فمن فضل الله تعالى أن بين فى كتابه الكريم مما يتعلق بخلق الانسان ومراحل نشأته ليبين مدى العناية به حيث هو الخليفة الذى سواه بيده ونفخ فيه من روحه ولكى يظهر لنا مدى كمال حكمته وقدرته فى الهيمنة على أحوال خلقه، وحتى نوقن أن البعث حق فمن قدر على خلق الانسان من ماء مهين ثم نقله الى العلقه ثم إلى المضغة ثم نفخ فيه الروح قادر على أعادة ما بداه بل ذلك أدخل فى القدرة من تلك، وأهون فى القياس قال الله تعالى:

(وهو الذى يبدؤا الخلق ثم يعيده وهو أهون عليه وله المثل الأعلى فى السماوات والأرض وهو العزيز الحكيم)[١].

ويقول الله تعالى: يا أيها الناس إن كنتم فى ريب من البعث فإنا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة لنبين لكم ونقر فى الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى ثم نخرجكم طفلا ثم لتبلغوا أشدكم ومنكم من يتوفى ومنكم من يرد إلى أرذل العمر لكى لا يعلم من بعد علم شيئا وترى الأرض هامدة فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت وأنبتت من كل زوج بهيج[٢].

---

(١) أيه ٢٧ من سورة الروم.

(٢) أية ٥ من سورة الحج، أنظر تفسير الكشاف ٣/٥نشر دار المعرفة/ بيروت، تفسير الطبرى١٧/٨٩، رغائب الفرقان للنيسا بورى على هامش الطبرى ١٧/ ٦٩ نشر دار المعرفة / بيوت وللمفسرين رأيان حول المراد بقوله تعالى (فإنا خلقناكم من تراب):-

ولم تغفل السنة الشريفة الحديث عن بعض أطوار الجنين. ومن ذلك ما رواه البخارى عن عبد الله بن مسعود قال حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو الصادق المصدوق، قال: إن أحدكم يجمع فى بطن أمه أربعين يوما، ثم علقه مثل ذلك،ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربعة: برزقه، وأجله، وشقى أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح.. الحديث وفى رواية (أن خلق احدكم يجمع فى بطن أمه) وفى رواية (أن احدكم يجمع خلقة فى بطن أمه) وفى رواية (أنه يجمع خلق أحدكم فى بطن أمه) وفى إحدى الروايات بزيادة (أو اربعين ليلة) بالشك فى رواية (أو أربعين ليلة) ويجمع بأن المراد يوم بليتين، أو ليلة بيومها، وفى رواية للبخارى أيضا زيدت نطفة بين قوله(أحدكم) وبين قوله (أربعين) فتبين أن الذى يجمع هو النطفة[1].

واذا كانت هذه لمحة عن نشأة الجنين، فإن الشريعة الاسلامية قد أحاطته بالحماية. فمثلا إذا صوم كان أمه يؤثر عليه فلها أن تفطر، جاء فى الحديث المروى عن أنس بن مالك رضى

- أحدهما إنا خلقنا أصلكم وهو أدم عليه السلام من تراب حيث نص الله على ذلك فى مواضع أخرى من القرأن منها قوله تعالى : إن مثل عيسى عند الله كمثل أدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون . ايه ٥٩ من سورة العمران.

والثانى أن خلقة الانسان من المنى ودم الطمث وهما إنما يتولدان من الأغذية، وهى إما حيوانية أو نبات، وغذاء الحيوان ينتهى قطعا إلى نبات، والنبات إنما يتولد من الأرض والماء، فصح قوله تعالى: إنا خلقناكم من تراب التفسير الكبير للرازى ٨/٢٣ نشر دار احياء التراث العربى/ بيروت.، روح المعانى للألوسى ١١٦/١٧ نشر مكتبة دار التراث / القاهرة، أحكام القران لابن العربى ١٢٧١/٣ نشر دار المعرفة/ بيروت، أضواء البيان فى إيضاح القرأن بالقرأن للشنقيطى ٢٠/٥ من مطبوعات المكتبة السفلية.

(1) فتح البارى ٣٠١/٢٤ وما بعدها.

الله عنه أن ﷺ قال: (إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة، وعن الحامل أو المرضع الصوم أو الصيام)[1].

وإذا كان الاعتناء بالجنين وأطواره على هذا النحو، وضعت الشريعة الاسلامية العقوبة المقررة لمن يعتدى عليه، وهو مايبين احترام الشريعة للنوع الانسانى والمحافظة عليه، فجنين اليوم هو طفل الغد، وطفل اليوم هو رجل المستقبل، وهكذا، ولما كان التشريع الإسلامى قد جاء للمحافظة على الضروريات الخمس التى هى حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ المال وحفظ العرض، فإننا نجد عقوبة خاصة لمن جنى على الجنين، (الغرة)وهى عبد أو أمة عند جمهور الفقهاء - كما سنرى - وقد ينتهز الفرصة بعض المغرضين فلرصة عدم وجود هذا النوع من العقوبة اليوم فيرمى الشريعة الغراء بالقصور،وعدم ملائمتها للعصر الحاضرعصر المدينة والحضارة والتقدم المزعوم، غير ان هذا الزعم سراعان ما يتلاشى إذا علمنا أن فيقهاؤنا عليهم الرحمة- قد بينوا الأمر وأزالوا الريب..

وسوف أستعرض البحث فى عدة مطالب كالتالى:-

- المطلب الأول: تعريف الجنين ..
- المطلب الثانى آراء الفقهاء حول حقيقة الغرة.
- المطلب الثالث: شروط الغرة..
- المطلب الرابع: انعدام الغرة..

---

(1) تحفة الاحوذى بشرح الترمذى للأمام الحافظ أبى العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفورى رقم ٧١١ج٣ ص ٤٠١، ٤٠٢، سنن النسائى بشرح الحافظ السيوطى ١٩/٤ نشر دار الكتب العلمية بيروت.
وللفقهاء خلاف حول حكم القضاء ةالاطعام أولا . أنظر بداية المجتهد لابن رشد ٥٠٩/١ ، نشر دار الجيل / بيروت مكتبة الكليات الازهرية.

المطلب الأول
تعريف الجنين

١- تعريف الجنين فى اللغة:

يراد به الولد ما دام فى البطن، سمى بذلك لاستتاره فيها، يقال: جن الشيء يجنه جنا، ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك، ومنه سمى الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ولأنهم استجنوا من الناس فلا يرونه.

وجن اليل وجنونه: شدة ظلمته واد لهامه، وقيل: اختلاط ظلامه، لأن ذلك كله ساتر، يقول الله تعالى: فلما جن عليه الليل رأى كوكبا قال هذا ربى فلما أفل قال لا أحب الأفلين[١].

كما يطلق الجنين على المقبور أيضا لاستتاره[٢].

وجاء فى لباب الآداب[٣] فصل فى ترتيب أحوال الأنسان من لدن كونه فى الرحم إلى اكتماله عن الأئمه رحمهم الله، ما دام فى الرحم فهو جنين، فإذا ولد فهو وليد، ثم إذا تمت له سبع ليالى فهو صديغ، ثم ما دام يرضع فهو: رضيع، ثم إذا فطم عنه اللبن فهو فطيم، ثم إذا دب ونما فهو دارج ... الخ.

---

(١) آية ٧٦ من سورة الأنعام.

(٢) لسان العرب لابن منظور(٧٠٢،٧٠١/١، نشر دار المعارف، تاج اللغة وصحاح العربية لاسماعيل بن حماد الجوهرى، تحقيق أحمد عبد الغفور عطا٢٠٩٤/٥ نشر دار العلم للملايين.

(٣) لابى منصور عبد الملك بن محمد بن اسماعيل النيسا بورى الثعالبى٥٨/١ تحقيق د/ قحطان رشيد صالح، نشر وزارة الثقافة والاعلام /بغداد.

وقد أسند النويرى الى التعلبى ما يدل على أن مرحلة الجنين تسبقها عدة أطوار فى التخليق. إذ جاء فى نهاية الأرب فى فنون الأدب للنويرى[١]: وقال الثعلبى فى تفسير قوله تعالى (لتركبن طبقا عن طبق)[٢] قالت الحكماء يشتمل الإنسان من كونه نطفة الى أن يهرم ويموت على سبعة وعشرين حالا، وسبعة وعشرين اسما: نطفة ثم علقة، ثم مضغة، ثم عظما، ثم خلقا آخر ثم جنينا، ثم وليدا، ثم رضيعا... الخ.

وقال غيره: ما دام الولد فى الرحم فهو جنين، فإذا ولد، فهو وليد... الخ.

فإيراد النويرى هذا التقسيم يدل على أن الثعلبى اخذ برأى مخالف لجمهور اللغويين، وارتضى منهج الحكماء.

٢- تعريف الجنين إصطلاحا":

يطلق كثير من الفقهاء كلمة الجنين كما يطلقها أهل اللغة على حمل المرأة ما دام فى بطنها، يقول البهوتى[٣]: الجنين الولد فى البطن من الأ جنان وهو الستر، لأنه أجنه بطن أمه، أى ستره، ومنه قول الله تعالى (هو أعلم بكم إذ أنشأكم من الأرض وإذ أنتم أجنة فى بطون أمهاتكم)[٤] ويقول الزيلعى[٥]: إنه

---

(١) شهاب الدين أحمد بن عبد الوهاب النويرى١١/٢ نشر وزارة الثقافه والارشاد القومى .

(٢) أية رقم ١٩ من سورة الأنشقاق.

(٣) منصور ابن يونس بن أدريس البهوتى (كشاف القناع على متن الاقناع ٢٣/٦، نشر عالم الكتب، بيروت).

(٤) أية ٣٢ من سورة النجم.

(٥) عثما ن ابن علىالزيلعى (تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣٦/٦، نشر دار المعرفة، بيروت).

(الجنين) الولد فى بطن الأم سمى به لآجتنانه أى لاستتاره فى البطن[1].

... ويراد به عند آخرين : حمل المرأة بعد أن يفارق المضغة يقول ابن قيم الجوزية: قال الله تعالى: (الله الذى خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة) [2] فقوته بين ضعفين، وحياته بين موتين ، فهو أولا نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم جنينا ما دام فى البطن فإذا خرج فهو وليد فما لو يستتم سبعة أيام هو صديغ - بالغين المعجمة - لم يشتد صدغه، ثم ما دام يرضع فهو رضيع، فاذا قطع عنهى اللبن فهو فطيم، فإذا دب فهو دارج .وجاء فى مختصر المزنى [3] قال الشافعى : فى الجنين الحر المسلم بأبويه أو احدهما غرة، وأقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه شىء من خلق آدمى أصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك .

ويطلق الجنين عند بعض الفقهاء على حمل المرأة إذا نزل ميتا يقول الشوكانى[4] الجنين : بفتح الجيم بعده نونان بينهما

---

(1) وانظر المنتقى شرحا موطا مالك بن أنس للقاضى أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى ٨٠/٧ نشر دار الفكر ، والمدونة للأمام مالك- رواية سحنون ٤٨١/٤ نشر دار الفكر ، وشرحه المسمى مكمل أكمال الأكمال، للأمام أبى عبد الله محمد بن محمد يوسف السنوسى الحنفى ٤٢٩/٤٠. نشر دار الكتب العلمية بيروت ، التفسير الكبير للرازى- ١٠/٢٩ نشر المكتبة العلمية طهران ط٢، النيل وشفاء العليل لضياء الدين عبد العزيز الثمينى، وشرحه لمحمد بن يوسف أطفيش ٨١/١٥ نشر مكتبة الأرشاد / جدة.

(2) شمس الدين محمد بن أبى بكر بن قيم الجوزية فى مؤلفه تحفة المودود بأحكام المولود ص ٢٣٦ نشر مكتبة المتنبى بالقاهرة.

(3) الألمام الجليل ابراهيم اماعيل بن يحيى المزنى الشافعى، والمختصر بها مش الأم للأمام الشافى ١٤٣/٥.

(4)محمدبن على بن محمد الشوكانى .

(نيل الأوطار ٢٢٨/٧ نشر دار الجيل، بيروت).

ياء تحتية بوزن عظيم - وهو حمل المرأة ما دام فى بطنها سمى بذلك لاستتار، فإن خرج حيا فهو ولد أو ميتا فهو سقط [1] وقد يطلق علية جنين[2].

٣- الجنين فى القانون :

هو الكيان الذى يبدأ من تلقيح البويضة، ويستمر إلى حين الولادة[3].

٤- الجنين عند علماء الأجنة :

يتفق علماء الأجنة على المرحلة الأولى من الحمل وهى مرحلة البويضة الملقحة(النطفة الأمشاج) ويختلفون فيما عداها من المراحل .

جاء فى كتاب خلق الإنسان بين الطب والقرآن [4]: اتفقت مصادر علم الأجنة على أن خلق النسان على مستوى الجينات مقدر مرسوم وأنه على مستوى الخلايا متطور عبر أطوار متعددة حددها بعضهم: بطور النطفة الأمشاج(المشيج)،ثم طور

---

(1) السقط الولد الذى يسقط من بطن أمه قبل تمامة ، لسان العرب ٣/٢٠٣٧.

(2) انظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/ ٣٧٧ نشر دار الكتب العلمية، بيروت، عون المعبود شرح سنن أبى داود، للعلاقة أبى الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى ١٢/ ٣١١ نشر المكتبة السفلية المدينة المنورة .

(3) شرح قانون العقوبات : د/ رمسيس لهنام ص ٣٦٨ منشأة المعارف- الإسكندرية ط ١٩٨٢ م. وانظر شرح: قانون العقوبات د / فوزية عبد الستار ص ٤٩١ نشر دار النهضة، القسم الخاص فى قانون العقوبات ط٧ د/ عبد المهيمن بكر ص ٦٦٥ نشر دار النهضة العربية.

(4) للدكتور محمد على البارص ١٥١ الدار السعودية للنشر والتوزيع. وانظر ص ١٢٥، ٣٧٦، وانظر تطور الجنين وصحة الحاملد/ محيى الدين طالو العفى ص ١٢٧، نشر دار ابن كثير ، بيروت ، ملخصات البحوث للمؤتمر الدولى للإنجاز العلمى فى القرآن والسنة (تحت إراف الجامعة الاسلامية العالمية) بإسلام آباد فى الفترة من ١٨-٢١ أكتوبر / ١٩٨٠، ص ١٠ تحت عنوان الطور السادس : النشأة. مرحلة الجنين .

الحمل، ثم طور الجنين، (تقسيم أرى وجان لانجمان) وقسمها هاميلتين وبويد وموسمان إلى : مرحلة النطفة ثم مرحلة العلوق، ثم مرحلة الحميل ذى الكتل البدنية(المضغة) ثم بعد ذلك مرحلة التخلق أو مرحلة تكوين الأعضاء، وتكونت معظم الأعضاء والأجهزة بصورتها الشبيهة بما عليه المولود .

يتضح من هذا أيضا أن إطلاق الجنين فى الطب على كل المراحل محل خلاف كما هو الحال فى الفقه الاسلامى .

المطلب الثانى

أراء الفقهاء حول حقيقة الغرة

أولا – فى اللغة:

البياض فى جبهة الفرس، أو البياض الذى يكون فو وجهه، وقيل الغرة، نفس القدر الذى يشغله البياض، كما يراد بالغرة الأبيض من كل شيء ، وأول الشيء ، كما تستعمل فى الجمال والشهرة وطلب الذكر،.

يقال : غرة الشهر ليلة استهلال القمر، لبياض أولها وغرة الهلال طلعته، وغرة الأسنان: بياضها، ويقال غرة النبات رأسه، ويقال رجل أغر، شريف كريم الفعال واضحها، ويقال: فلان غرة من غرر قومه، أى شريف من اشرافهم[1] وورد فى السنة الشريفة عن ابى هريرة– رضى الله عنه قال: سمعت ﷺ يقول : إن أمتى يدعون يوم القيامة غرا محجلين من آثار الوضوء، فمن استطاع أن يطيل غرته فليفعل.

---

(1) لسان العرب ٥/ ٣٢٣٤ وما بعدها .

محجلين من التحجيل. وهو بياض يكون فى ثلاث قوائم الفرس، وأصله من الحجل- بكسر المهملة وهو الخلخال[1] والمراد به هنا النور الكائن فى وجوه أمة محمد ﷺ .

وعن ابى هريرة رضى الله عنه قال: جاء أعرابى الى رسول الله ﷺ ، فلم يأكل، وأمر القوم يأكلوا ، وأمسك الأعرابى، فقال النبى ﷺ : ما يمنعك أن تأكل، قال : إنى صائم ثلاثة أيام من الشهر، قال: إن كنت صائما فصم الغر (البيض الليالى بالقمر)، وعن ابى ذر قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نصوم من الشهر ثلاثة أيام البيض ثلاثة عشرة، وأربع عشرة ، وخمس عشرة[2].

ثانيا: حقيقة الغرة فى اصطلاح الفقهاء:

تعددت الآراء فى حقيقة الغرة أشهرها ما يلى [3]:

الرأى الأول: الغرة عبد أو أمة. وهو لجمهور الفقهاء . الحنفية[4]، والمالكية[5] والشافعية[6]، والحنابلة[7] والظاهرية[8] وأكثر الزيدية[9]والإمامية[10]وقول للأباضية[11] واستدلوا بما يلى:

---

(1) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٢٣٦/١، ٧٦/٢٦ (نشر مكتبة الكليات الأزهرية، لسان العرب٢/ ٧٨٨، ٧٨٩.

(2) فتح البارى ٣٢٦/١(نشر دار الفكر) ، سنن النسائى ٢٢٢/٤ (كتاب الصيام ٨٤)، مسند أحمد ٢٤٦/٢ ، ١٥٠/٥ .

(3) يقول الثمينى (ضياء الدين عبد العزيز الثمينى فى كتابة النيل وشفاء العليل ٧٧/١٥، ٧٨ نشر مكتبة الارشاد (بجدة/ السعودية) ووصل هى (الغرة) عبد أو أمة أو فرس جواد ، أو اربعون دينارا أو خمسون، أو أربعون شاة، أو خمسون ، أو سبعون، أو مائة، أو مائتان درهم، أو خمس مائة، أو خمسة أبعرة، أو عشرة، أو عشر الدية، أو النظر . وقد اكتفيت بأشهر الآراء لعدم الوقوف على أدلة لغيرها غالبا وما ثبت من أدلة لبعضها فإنه قريب لما فى الرأى الثانى والثالث من حيث الاستدلال وايراد المناقشات. انظر المغنى ٨٠٣/٧ .

(4) بدائع الصنائع للكاسانى ٣٢٥/٧ .

(5) مواهب الجليل للحطاب ٢٥٧/٦.

١- بما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال:اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الأخرى بحجر فقتلتهما وما فى بطنها، فاختصموا إلى رسول اللهﷺ فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقتلها (متفق عليه)(١).

قوله ﷺ : غرة عبد أو وليدة (أمة)، المشهور تنوين غرة، وما بعده بدل منه أو بيان له، وروى البعض بالإضافة، والأول

---

(٦) نهاية المحتاج للرملى ٨/ ٣٨٢، نشر مكتبة الحلبى بمصر .

(٧) المغنى لبن قدامة ٨/ ٧٩٩ .

(٨) المحلى لبن حزم ٣٧٨/١٢ .

(٩) البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ٢٥٧/٦- نشر دار الكتاب الاسلامى بالقاهرة .

(١٠) شرائع الاسلام للمحقق الحلبى ٢٨١/٣ ، نشر دار الأضواء ، بيروت، وسائل الشيعة للعاملى ٢/ ٢٤، (من المجلد التاسع) نشر دار احياء التراث العربى، بيروت.

(١١) النيل وشفاء العليل ٧٧/١٥ .

(١)ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى للعلامة القسطلانى ٦٩/١٠ نشر دار الكتاب العربى بيروت (ط٧ طبعة المطبعة الأميرية ببولاق).

صحيح ملم بشرح النووى ٢٥٤/٤ نشر دار الشعب وفيه زيادة(وورثها ولدها ومن معهم، فقال حمل بن النابغة الهذلى: يا رسول الله كيف أغرم من لاشرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل؟ فمثل ذلك بطل، فقال رسول الله ﷺ : إنما هذا من إخوان الكهان من أجل سجعة الذى سجع، ووأخرجه النسائى وفيه الزيادة كما مسلم ج ٤٨/٥ (كتاب القسامة).

وأخرجة بن ماجه مع اختلاف فى بعض الألفاظ(سنن ابن ماجه ٨٨٢/٢ باب دية الجنين) نشر دار أحياء الكتب العربية : عيسى الحلبى بمصر .

وأخرجة أحمد مع نقص يسير فى بعض الألفاظ(مسند أحمد ٤٩٨/٢، ٥٣٥ واخرجه ابو داود مع الزيادة كما فى مسلم مع تغير يسير فى بعض الألفاظ (أنظر عون المعبود شرح سنن أبى داود ٣١٧/١٢، نشر محمد عبد المحسن المكتبة السفلية بالمدينة المنورة، وكذا أخرجه الدارمى بالزيادة مع تغير يسير فى اللفظ (سنن الدرامى ١٩٧/١ نشر دار أحياء السنة النبوية) وقال عنه الترمذى: حديث حسن صحيح والعمل على هذا عن أهل العلم سنن الترمذى٩٤/٥- مطابع الفجر حمص وانظر تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير شهاب الدين أحمد ابن على بن محمد بن حجر العسقلانى. مكتبة الكليات الأزهرية .

أحسن لأن الغرة اسم للعبد نفسه، ولأنه بيان للغرة ما هى ، وتوجية الإضافة ان الشىء قد يضاف إلى نفسة لكنه نادرا، ويحتمل أن تكون أو للتنويع فإن كلا من العبد والأمة يقال له الغرة، وقيل يحتمل أن تكون أو شكا من الراوى فى تلك الواقعة المخصومة[1].

مناسبة المعنى الشرعى للمعنى اللغوى:

وسمى العبد والأمة بالغرة لأنهما من أنفس الأموال، فالغرة عند العرب انفس شىء يملك[2] وأيضا أطلقت الغرة على الإنسان لأن الله خلقه فى أحسن تقويم، فهو من أنفس المخلوقات، قال الله تعالى (ولقد كرمنا بنى أدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا)[3].

---

(1) نيل الأوطار للشوكانى ٢٨٨/٧، نشر دار الجيل بيروت، سنن النسائى ٤٨/٥شرح صحيح مسلم (إكمال إكمال المعلم) للأبى المالكى ٤٣٠/٤ نشر دار الكتب العلمية بيرووت ، المغنى ٧٩٩/٧، يقول الدكتور / محمد سلام مدكور فى كتابه أحكام الجنين ص٢٤٤ نشر دار النهضة العربية بالقاهرة : ما نقله صاحب نيل الأوطار عن صاحب فتح البارى من أنه جاء فى الحديثي المرفوع أن النبىﷺ قضى دية النين بغرة: عبد أو أمة، وقال : إن ذلكشك من الراوى فى المراد بها، عقب بقوله: وهذا الراى غريب من ابن حجر وهو فقيه شافعى ممن يرون التخيير فى الغرة بين العبد والأمة) انظر فتح البارى ٢٤٩/١٢ نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(2) النظر المستعذب فى شرح غريب المهذب لمحمدبن أحمد بن بطال الركبى١٩٨/٢، نشر دار المعرفة، بيروت

(3) سورة الأسراء آية ٧٠، ولنظر ارشاد السارى لشح صحيح البخارى ٧٠/١٠.

وأيضا: لأن الغرة أصلها البياض فى وجه الفرس، فكان التعبير بالغرة عن الجسم كله، كما قالوا: أعتق رقبة كناية عن العبد[1].

وأيضا لأن الغرة الجياد من كل شيء آدميا أو غيره ذكرا كان أم أنثى وبذا يتطابق الاصطلاح الشرعى مع المعنى اللغوى[2].

٢- بما روى المغيرة بن شعبة عن عمر رضى الله عنه أنه استشارهم فى إملاص المرأة، فقال المغيرة: قضى النبى ﷺ بالغرة : عبد أو أمة . فقال: ائت من يشهد معك، فشهد محمد بن مسلمة أنه شهد النبى ﷺ قضى به (متفق عليه)[3].

قوله (إملاص المرأة) الإملاص يطلق فى اللغة على معنيين الأول : هو أن تضرب المرأة فى بطنها فتلقى جنينها.

---

(١) نيل الأوطار ٢٢٨/٧.

(٢) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمينمن الأحكام لعلاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلس ص١٨، والمغنى ٨٠٤/٧ وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن أطفيش ٨٢/١٥ وجاء الحديث فى رواية متفق عليها أيضا عن أبى هريرة: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنين امرأة من بنى لحيان سقط ميتا بغرة عبد أو أمة- ثم أن المراة التى قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله علية وسلم بأن ميراثها لبنيها وزوجها، وأن العقل على عصبتها. (نيل الأوطار ٧م٢٨) ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى ٩٦/١٠، صحيح مسلم مع شرح الأبى ٤٣١/٤ سنن النسائى ٤٧/٥، سنن أبى ماجة (مع تغير فى بعض الألفاظ ٨٨٢/٢).

(٣) أخرجه البخارى (ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى ٩٦/١٠، ٧٠، نيل الأوطار ٢٢٢/٧ وأخرجه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووى ٢٥٧/٤.

وأخرجه أبو داود مع أختلاف فى اللفظ (عون المعبود٣١٣/١٢) وأخرجة ابن ماجه كذلك مع أختلاف فى اللفظ أيضا (سنن أبن ماجه ٢٨٢/٢) وأيضا أخرجة الدرامى، سنن الدرامى ١٩٦/٢، وقال عنه الترميذى ٩٥/٥ .

والثانى : أن تزلقه المرأه قبل الولادة، يقال: أملصت الناقة إذا رمت ولدها، وهو مصدر أملص، يأتى متعديا كأملصت الشىء، أىأزلقته فسقط، ويأتى قاصراكأملص الشىء ، إذا تزلق وسقط فيقال: أمصلت المرأة ولدها وأزلقته بمعنى وضعته قبل أوانه ويراد به عند الفقهاء المعنى الأول لا الثانى .

والإملاص هنا مصدر مضاف إلى فاعله، والمفعول به محذوف، أى فيما يجب على الجانى فى إجهاض المرأة الجنين، أو بالجنين على تقديرى التعدى واللزوم [1]ونسب الفعل (الإجهاض) إليها، لأن الجناية عليها، كأنها الفاعلة لذلك.

٣- بما روى عن حجاج بن حجاج عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما يذهب عنى مذمة الرضاع، قال: غرة عبد أو أمة.

والمراد بمذمة الرضاع: الحق اللازم بسبب الرضاع ، فكأنه سأل عن ما يسقط عنه حق المرضعة حتى يكون قد أداه كاملا، وكان العرب يستحبون أن يهبوا للمرضعة عنه فصال الصبى شيئا سوى أجرتها، فبين له ﷺ أن يكافئها بخادم يكفيها المهنة قضاء لحقها ليكون الجزاء من جنس العمل[2].

ووجه الأدلة من تلك الأحاديث : واضح إذ بينت أن الغرة عبد أو أمة[3].

([1]) لسان العرب لابن منظور ٢٦٢/٦ (نشر دار المعارف) ، فتح البارى ٢٥٥/١٢، أمصلت المرأة والناقة وهى مملص : رمت ولدها لغير تمام ، والجمع مما ليس- بالياء – فان كان ذلك عادة لها فهى مملاص.

([2]) سنن النسائى ١٠٨/٦ (كتاب النكاح٥٠٦) مصنف الكتب السته ١٦.

([3]) انظر بدائع الصنائع ٣٢٥/٧، المغنى ٨٠٢/٧، البحر الزخار ٢٥٧/٦ .

الرأى الثانى : الغرة عبد أو أمة أو فرس: وهو لعروة وطاووس ومجاهد[١] واستدلوا بما يلى :

١- بما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قضى رسول الله ﷺ فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل[٢] .

ورد على ذلك: أن الحديث روى بطريق آخر ولم يذكر فيه فرس أو بغل[٣] .

وورد على ذلك ما ورد على الاستدلال بالحديث السابق[٤] .

الرأى الثالث: الغرة عشر الدية. وهو لبعض الزيدية (الباقر والصادق وقول للناصر) وقول للأباضية[٥]واستدل عليه بعض الزيدية بما روى عن على - كرم الله وجهه - أن الغرة عشر الدية[٦].

ورد على ذلك : أن الأحاديث الصحيحة الثابتة موضحة أن الغرة عبد أو أمة [٧].

([١]) نيل الأوطار ٧/ ٢٢٩ ، شرح الأبى على صحيح مسلم ٤٣/٤ ، المغنى ٨٠٢/٧ .

([٢]) أخرجه أبو داود (عون المعبود ٣١٩/١٢، ٣٢٠.

([٣]) سنن الترميذى ٩٥/٥ ، وحسن الترمذى الحديث، وانظر الأوطار ٢٢٩/٧ ، جاء فى عون المعبود٣٢٠/١٢. وقال أو داود : روى هذا الحديث عن محمد بن عمرو حماد بن مسلمة ، خالد بن عبد الله (عن محمد بن عمرو) ولم يذكرا فرسا ولا بغلا (فرس أو بغل).

٤،٣ المرجع السابق ، نيل الأوطار ٢٩٩/٧ .

[٤] فتح البارى ١٢/ ٢٤٩، رواه أحمد بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ٢١٦/٢ وانظرنيل الأوطار ٢٢٩/٧ .

[٥] البحر الزخارف ٢٥٧/٦، النيل وشفاء العليل١٥ /٧٧.

[٦] البحر الزخار ٥٧/٦ .

[٧] البحر الزخار ٦/ ٢٥٧نيل الأوطار ٢٢٩/٧ ، عون المعبود ٣١٣٩/١٣/٣٢٠ .

الرأى المختار :

والذى نختاره هو الرأى القائل بأن الغرة عبد أو أمة، إذ دلت الأحاديث الصحيحة على أنهﷺ قضى بذلك فى أكثر من واقعة، وقد لمت أدلة اصحاب هذا الرأى من مناقشات، وقد يقال بأن الزيادة من الراوى الثقه معتدله- كما هو رأى الجمهور - ومن ثم فيحمل أن الرسول ﷺ أطلق الغرة على الفرس أو غيره ولم يحضر ذلك من روى أحاديث الغرة التى بينت أنها العبد أو الأمة ويجاب عن ذلك لم لا يكون ذلك تفسيرا للغرة إذا عدمت الغرة من الرقاب ، أو كما قيل انه وهم انفرد به أحد الرواة، ومن ثم يضعف الأخذ بهذا الرأى .

وقد يقال ايضا بأن الغرة لم ترد فى النصوص التى وردت فيها على سبيل الحصر ، وإنما ذكرت بحسب الغالب والكثير ،وهذا لا ينفى أن يكون غيرها غرة .

والإجابة على ذلك أن الرسول ﷺ فى موقف البيان ، ويبعد أن يذكر الغالب والكثير ويترك بعض ما يصدق عليه غرة

أما ما ذهب إلية بعض الزيدية، فقد ضعفه أكثر الزيدية فضلا عن سائر الفقهاء باعتبار أن ما روى عن على- كرم الله وجهه يعارض الأحاديث الصحيحة الثابتة بأن الغرة عبد أو أمة وليست عشر الدية .

المطلب الثالث
شروط الغرة

بعد أختيارنا للرأى القائل بأن الغرة عبد أو أمة يحسن أن نشير إلى شروطها .

الشرط الأول: أن تكون الغرة سليمة من العيوب: وهى التى يثبت بها الرد فى البيع لأنه حيوان وجب بالشرع، فلم يقبل فيه المعيب، كالشاه فى أداء الزكاة، ولأن الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار، من ثم لا يقبل هرمه[1] أو ضعيفة أو خصى أو حامل[2].

الشرط الثانى : الآ تقل الغرة عن سبع سنين. وهو للشافعية، والمذهب للحنابلة، وبعض الزيدية[3] وحجتهم أن من دون ذلك يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه، وليس ذلك من الخيار بينما ذهب آخرون (الأحناف وبعض الحنابلة، وبعض الزيدية) أنه يقبل من له دون سبع، إذ العبرة بالقيمة، وبلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار، ولا يوجد نص من كتاب أو سنة يشترط ذلك، ولا يوجد له نظير يقاس عليه [4].

---

[1] الهرم أقصى الكبر (لسان العرب ٤٦٥٦/٦) .

[2] جاء فى مغنى المحتاج ١٠٥/٤ فان قيل قد اكتفى فى الكفارة بالمعيب اذا كان العيب لا يخل بالعمل فكذا هنا أجيب: بأن الكفارة حق الله تعالى، والغرة حق لأدمى، وحقوق الله تعالى مبينة على المسامحة ، فان رضى المستحق بالعيب جلزله، لأن الحق له)، وانظر المهذب للشيرازى ٤٣٢/٢. نشر دار المعرفة، الأم ١٠٩/٦ نشر دار المعرفة بيروت، المغنى ٨٠٣/٧، البحر الزخار ٢٥٨/٦، نيل الأوطار ٢٢٩/٧ .

[3] مغنى المحتاج ١٠٥/٤، الا نصاف٧٠/١٠، ٧١ البحر الزخار ٢٥٨/٦.

[4] بدائع الصنائع ٣٢٥/٧، شرح الزرانى ٣٢/٨، بلغة السالك٣٩٨/٢، المغنى ٨٠٤/٧، الأصناف ٧١/١٠ نشر دار احياء التراث العربى بيروت، البح الزخار ٢٥٨/٦ .

وهذا ما نختاره إذ فوات بعض المعانى فى غير المميز لا يحول دون كونه خيارا.

الشرط الثالث: ألا يبلغ الغلام خمس عشرة سنة ، ولا الجارية عشرين وهو وجه للشافعية، ذلك أن الغلام إذا بلغ سن الخامسة عشرة فإنه لا يدخل على النساء، ومن ثم تنقص قيمة الغرة، ولو بلغت الجارية عشرين سنة فإنها تتغير وتنقص قيمتها، ومن ثم لم تكن من الخيار .

ورد على القول: بأن الغلام إذا بلغ خمس عشرة سنة فانه لا يدخل على النساء... الخ أنه إن أريد بذلك النساء الأجنبيات، فلا حاجة إلى دخوله عليهن، وأن أريد به سيدته فليس بصحيح، لقول الله تعالى:(يا أيها الذين أمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض.. الآية)[1].

وأيضا لو لم يدخل فى النساء لحصل من نفعة أضعاف ما يحصل من دخوله، وفوات شيء إلى ما هو أنفع لا يعد فواتا والأصح للشافعية قبول رفيق كبير من عبد أو أمة لم يصل إلى عدم الاستقلال بالهرم[2].

وبعض الزيدية يحدد أعلى سن الغرة من الخامسة عشرة إلى خمسين سنة، وحجتهم أن ما زاد على الخمسين يضعف فلا يعد غرة، وهو غير معتبر فى كفارة القتل.

---

(١) من الآية ٥٨ من سورة النور

(٢) المغنى ٨٠٤/٧، كشاف القناع ٢٥/٦، المهذب١٩٩/٢، نيل الأوطر ٢٩٩/٧ .

ورد على ذلك: أن هذا تحكم لم يرد به الشرع، والأمرالرجع فيه للقيمة، والشاب البالغ أكمل من الصبى عقلا وبنيـة، وأقدر علـى التصرف وأنفع للخدمة[1].

ويمكن القول بأن من لم يشـترط بلوغ الجارية أو الغلام سنا معينة هو الأرجح طالما كانت الغرة خالية من العيوب حبذا إذا كانت لها قيمة[2].

الشرط الرابـع: أن تكون الغـرة بيضـاء. وهو لابى عمرو بن العلاء[3] وغيره. وحجتهم:

مراعاة أصل الاشتقاق، وأيضا لولا أنه ﷺ أراد بالغرة معنى زائدا على شخص العبد والأمة لما ذكرها[4].

وجمهور الفقهاء لا يشترطون بياض بالعزة، وفسروا الغرة بالنسمة أو الرقبة، لأنها غرة ما يملك ، أى أفضله، وغرة كل شيء خياره، ولأنه ﷺ قضى بعبد أو أمة، وأطلق، مـع غلبة السواد على عبيدهم وإمـائهم، أو أن المعنـى الزائد كونـه نفيسـا، فلذلك فسره بالعبد أو الأمة، لأن الأدمىأشرف الحيوانات.

وأيضا: العبد أو الأمة – باعتبار الجانب المالى فيه- يجب دية، فلم يعتبر لونه قياسا على الإبل فى الدية[5].

---

[1] البحر الزخار ٢٥٨/٦، المغنى ٨٠٣/٧ ، ٨٠٤ .

[2] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٣٩/٦، مجمع الأنهر ٦٤٩/٢، المغنى ٨٠٤/٧ المحلى ١١/ ٢٣٥.

[3] واسمه زيان، ابن عمار بن العريان التميمى ثم المازنىالبصرى، شيخ القراء وأمه من بني حنيفه مات سنة سبع وخمسين مائه)
سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى ص٤٠٧/٤١٠ة نشر مؤسسة الرسالة.

[4] ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى ٧٠/١٠، فتح البارى ٢٤٩/٢، نيل الأوطار ٢٨٨/٧ ، شرح الأبى والسنوسى على صحيح مسلم ٤٣٠/٤.

[5] شرح الأبى والسنوسى على صحيح مسلم ٤/ ٤٣٠، نيل الوطار ٢٨٨/٧، زاد المحتاج بشرح المنهاج للشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجى١٤٣/٤ نشر دار المكتبة العصرية / بيروت.

وعند الإمام مالك الحمران من الرقيق أحب اليه من السودان إلا أن تكون الحمران من الرقيق قليلة فى الأرض التى يقضى فيها بالغرة، فيؤخذ من السودان[١].

الشرط الخامس: قيمة الغرة: أختلفت الفقهاء فى ذلك على رأيين

الأول : أنه لا يشترط بلوغ الغرة قيمة معينة(خمس من الإبل أو خمسمائة درهم أو غير ذلك)، فإذا ما وجدت مستجمعة للشروط وجب قبولها. وهو قول أشهب من المالكية، وقول الشافعية، وبعض الزيدية والظاهرية. وحجتهم: إطلاق العبد والأمة فى الحاديث الدالة على وجوب الغرة [٢].

الرأى الثانى : يشترط بلوغ نصف عشر الدية، وأصحاب هذا الرأى اختلفوا فيما بينهم حول الجنس الذى تقوم به الغرة على النحو التالى :

أولا: نصف عشر الدية: الذى تقوم به الغرة يكون من الإبل. فيشترط ألا تقل قيمة الغرة عندهم عن خمس من الإبل (نصف عشر دية الرجل، وأحيانا يعبر الجمهور عن ذلك بعشر دية المرأة)[٣] وعلى كل فالمقدار واحد، وهو خمس من الإبل، ومن قال بذلك: بعض المالكية، والشافعية، وأكثر الحنابلة، وبعض الزيدية. واحتجوا بما يلى:

---

[١] شرح الأبى ٤٣٠/٤، المدونة ٤٨٤/٤ نشردار الفكر

[٢] شرح الأبى على صحيح مسلم ٤٣/٤، المقدمات الممهدات ٢٩٨/٣، نشر دار الغرب الاسلامى ط دار احياء التراث الاسلامى بقطر، مغنى المحتاج١٠٥/٤، المحلى٣٩٢/١٢، ٣٩٤، البحر الزخار ٢٥٨/٦، نيل الأوطار ٢٢٩/٧ .

[٣] تكملة فتح القدير ٣٢٤/٨، ط بولاق، شرح الأبى على صحيح مسلم٤٣٠/٤، زاد المحتاج ١٤٣/٤.

١- بما روى عن عمر وعلى وزيد بن ثابت رضى الله عنهم أنهم قضوا بذلك ولم يخالفهم أحد من الصحابة، فكان اجماعا[١].

٢- واستدلوا بالمعقول من عدة وجوه:

أ- إن أقل ما قدره الشرع فى الجناية وهو أرش الموضحة ودية السن فرددناه اليه[٢].

والموضحة: هى الشجة التى تبلغ الى العظم، والشجة عند جمهور الفقهاء هى الجناية على مادون النفس التى تقع على الرأس أو الوجه[٣].

والواجب فى كل من الموضحة أو السن خمس من الأبل، فعن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن .. وفى كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل وفى السن خمس من الإبل، وفى الموضحة خمس من الإبل[٤].

---

(١) شرح الأبى على صحيح مسلم ٤٣٠/٤، مغنى المحتاج١٠٥/٤، البحر الزخار ٢٥٨/٦ .

(٢) المغنى ٨٠٤/٧.

(٣) لسان العرب ٢١٩٦/٤،٢١٩٧، بدائع الصنائع٢٩٦/٧/٧، بداية المجتهد٤١٩/٢، نشر دار المعرفة بيروت ، مغنى المحتاج ٢٦/٤.

(٤) سنن النسائى ٥٧/٨، ٥٨، سنن الدرامى ١٩٤،١٩٥ نشر دار الكتب العلمية/ بيروت ، ولأخرجه مالك فى موطنة برواية يحيى بن يحيى الليثى ص٦١١ نشر دار النفائس، بيروت، وفى مسند الامام أحمد ١٨٩/٢ نشر المكتب الاسلامى دار صادر، بيروت. عن عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ لما فتح مكه قال فى خطبته: فى الأصابع عشر عشر، وفى المواضح خمس خمس.
وانظر سنن الدار قطنى ٢٠٧/٣، ٢١٠ نشر دار المحاسن للطباعة بالقاهرة تحقيق السيد عبد الله هاشم يمانى المدنى (المدينة المنورة- الحجاز)- وأنظر ابن ماجه٨٨٥/٢، مسند الامام الشافعى ٣٤٨، نشر دار الكتب العلمية بيروت ، نيل الأوطار للشوكانى ٢١٧/٧، سبل السلام ٢٤٤/٣ ط الحلبى بمصر.

ب- إن الجنين على أقل الأحوال إنسان، فاعتبر فيه أقل ما قدرة الشرع من الديات، وهو دية الموضحة والسن، يقوى ذلك أن الغرة دية فكانت مقدرة كسائر الديات[1].

جـ - إنه لا يمكن إيجاب دية كاملة، لأن الجنين لم يكمل بالحياة، وكذلك إسقاط ضمانه، لأنه خلق بشر، فضمن بأقل ما قدر به الأرش وهو نصف عشر الدية [2].

ثانيا: نصف عشر الدية التى تقوم به الغرة: خمسون دينارا أو ستمائة درهم (باعتبار أن الدية الكاملة ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم) ومنمهم جمهور المالكية وبعض الحنابلة واحتجوا بما يلى:

١- بقضاء الصحابة رضى الله عنهم، فقد قوم الغرة على كرم الله وجهه بخمسين دينارا وكذلك زيد بن ثابت ولم يخالفهما أحد من الصحابة. وإن كانوا من أهل الورق- الفضة. فالواجب عليهم ستمائة درهم لقضاء الصحابة أيضا[3].

---

[1] مغنى المحتاج ١٠٥/٤ .

[2] المهذب ١٩٩/٢، البحر الزخار ٢٥٨/٦، وانظر كشاف القناع ٢٣/٦، منتهى الاردالت ٤٣١/٢، الروض المربع شرح زاد المستقع للبهوتى ٢٨٦/٣، نشر مكتبة الرياض الحديثة . ويراعى أن الخمس من الابل قيمة الغرة فى العمد وعمد الخطأ. خمساها بعيران قيمة خلفتين أقل الخلفات، وثلاثة أخماسها، وهو قيمة ثلاث جذاع وحقاق نصفين، من ابل لخماس : قيمة بنت مخاض وقيمة بنت ليون، وقيمة ابن ليوون ذكر ، وقيمتم حقه، وقيمتم جذعة. انظر الأم ١٠٩/٦ وانظر المنتقى للباجى ٨١/٧، نشر دار الفكر العربى .

[3] شرح ألبى على صحيح مسلم ٤٣٠/٤، نصب الراية ٣٨١/٤ ، المقدمات الممهدات ٣٩١/٣، كفاية الأخيار ٣٢٧/٢، بداية المجتهد ٤١٥/٢، وانظر سنن البيهقى ١١٦/٨- حيث ذكر أن تقويم الغرة منسوب الى عمر وفيه انقطاع فى سنده.

روى عن مالك فـى المدونـة (والقيمـة فـى ذلـك- الغـرة- خمسون دينارا أو ستمائة درهم وليست القيمة عندنا كالسنة التـى لاختلاف فيها، وأنا أرى ذلك حسنا[1].

٢- بما رواه مالك عن بيعة بن أبى عبد الرحمن أنه كـان يقـول: الغرة تقوم بخمسين دينـارا أو سـتمائة درهـم، وكذلـك روى عـن قتادة[2].

٣- إن الدنانير والدراهم هى قيم المتلفات، فذلك قومت بها الغرة والإبل ليست بقيم المتلفات، فلذلك لم تعتبر بها الغرة[3].

وورد على القول بأن الغرة ستمائة درهم أنه معارض بما روى أن النبى ﷺ قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمه أوخمسـمائة (أى خمسمائة درهم)[4].

ثالثا ونصف عشر الدية حده بعضهم (الحنفيـة وبعـض الزيديـة ورأى للأماميـة بخممائـة درهـم وحجتهـم[5]مـا روى أن النبـى ﷺ قضـى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسـمائة (سـبق تخريجـه) فقد أولوا هذه الروايةعلى انهما خرجت تفسـير الروايـة التـى لـم يذكر فيها خمسمائة فصارت الغرة فى عرف الشـرع اسـما لعبـد أو أمة بعدل خمسمائة، أو بخمسمائة [6].

---

[1] المدونة ٤/٤٨٤ .

[2] المنتقى٧/٨٠،٨١، عون المعبود ١٢/٣٢٠، نصب الراية٤/٣٨١، المغنى٧/ ٨٠٤.

[3] المنتقى ٧/٨١

[4] نصب الراية ٤/٣٨١، مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندى ٢/٢٦٩ نشر دار أحياء التراث العربى وعند الأباضية يفوق بين قيمة العبد والأمـة فقيمـة العبد ستمائة درهم، وألمتم ثلاث مائة درهم (شرح المقبل ١٥/١٨٠) .

[5] نصب الراية ٤/٣٨١، مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحـر لداماد أفنـدى ٢/٢٦٩ نشر دار أحياء التراث العربى.

وعند الباضية يفرق بيـن قيمـة العبـد والمـة (العبد سـتمائة درهـم، والمـة ثـلاث مائـة درهم) (شرح النيل ١٥/١٨٠).

[6] نصب الراية ٤/٣٨١، ٣٨٢، شرح الأبى ٤/٤٣٠، المبسوط للسرخسـى ٢٥/٨٧ - نشر دار المعرفـة/ بيروت بدائـع الصنـائع ٧/٣٢٥، الهدايـة للرغينـانى ٤/١٨٩ نشـر

٢-بما روى عن الشعبى وغيره من التابعين: قال الشعبى الغرة خمسمائة[١].

رابعا نصف عشر الدية الذى يقوم به الغرة:عن بعض الحنابلة يستوى فيه أى أصل من أصول الدية: الإبل أو الذهب، او الورق، أو الشاة، أو البقر، أو الحلل[٢].

يمكن أن يرد على ذلك: أن هناك خلافا حول أصول الدية، ولايصح الإحالة على أمر محل خلاف[٣].

كما يمكن أن يرد كذلك على التقديرات السابقة عموما أن الأحاديث الصحيحة الثابتة فى قصة زوجتى حمل بن النابغة وغيرها أن الغرة عبد أو أمه باطلاقة، وان اشتراط بلوغ الغرة القدر المخصوص زيادة على مافى الحديث.

ولأن القيمة تختلف باختلاف الأمكنة والزمنة، وكذلك فإن القيمة ليست بسنة مجمع عليها[٤].

الرأى المختار: والذى نختاره هو الرأى الأول الذى يرى أن الغرة مقومة بعينها، فلا يشترط أن تقوم بغيرها، طالما كانت سليمة من العيوب، والحاجة إلى تقويمها إنما يكون حالة انعدامها.

مصطفى الحلبى، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٨٨/٦ نشر مصطفى الحلبى، ومعين الحكام لابن الشحنة ١٨٠، البحر الزخار ٢٥٨/٦، جوار الكلام ٣٦٠/٤٣ .

[١] نصب الراية ٣٨١/٤ والشعبى هو (عامر بن شرلحبيل أبو عمرو الشعبى كوفى. مات سنة أربع ومائة، وبلغ اثنتين سنه (أنظر التاريخ الكبير للبخارى، مجلد ٦/ ٤٥٠، ٤٥١، ط دائرة المعارف العثمانية بجيدر آباد - الهند).

[٢] الانصاف ٧٠/١٠.

[٣] المرجع السابق .

[٤] نيل الأوطار ٢٢٩/٧، شرح الأبى ٤٣٠/٤، البحر الزخار ٢٥٧/٦.

المطلب الرابــــــع
انعـــدام الغرة

تمهيد: ضمـن اللـه تعـالى كتابـه الكريـم مـا يـدل علـى أن الغـرة سيأتى يوم يبحث عنها من يريدها فلن يجدها يقول تعـالى(والذيـن يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبـل أن يتماسا دلكم توعظون به والله بما تعملون خبير، فمن لم يجـد فصيـام شـهرين متتـا بعيـن مـن قبـل أن يتماسـا فمـن لـم يسـتطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حـدود اللـه وللكافرين عذاب أليم[1].

وإذا عدمت الغرة فالفقهاء متفقون على الانتقـال إلـى بدلهـا غيـر أنهم مختلفون فى هذا البدل، وكان خلافهم على النحو التالى:

الـرأى الأول: الأداء ينتقـل إلـى خمـس مـن الإبـل وهــو لبعـض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وأكثر الزيديـة[2]واسـتدلوا بمـا يلى: إنه قد روى عن عمر وزيـد- رضـى اللـه عنهمـا - أنهمـا قدروا الغرة بخمس من الإبل، ولم يخالفهما أحـد الصحابـة، فعنـد الأعواز يؤول الأمر إلى الإبل[3].

يقوى هذا - عند أكثرهم أن الإبل هى الأصل فى الديـة- لما جاء فى كتاب عمرو بن حزم عـن أبيـه عـن جـده أن رسـول

---

[1] أية ٣،٤ من سورة المجادلة.

[2] حاشية الدسوقى ٢٦٨/٤، المدونة ٤٨٤/٤، مغنى المحتاج ١٠٥/٤،المغنى٥٠٨/٧، البحر للزخار ٢٥٨/٦.

[3] صحيح مسلم بشرح الأبى ٤٣٠/٤ ، المغنى ٥٠٨/٧ ، كشاف القناع٢٣/٦.

اللهﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات، وبعث به مع عمرو بن حزم، وذكر فيه(وفى النفس مائة من الإبل)[1].

فالواجب خمسة أبعرة بدلا من الغرة، طالما أن الغرة مقدرة بها عند وجودها، فعند عدمها يؤخذ ما كانت مقدرة به.

الرأى الثانى : الواجب أن ينتقل إلى قيمتها من أصول الدية(الإبل، الذهب، الفضة، البقر، الشاة).وهو لبعض الحنابلة[2]وحجتهم أن الخيرة للجانى فى دفع ما شاء من الأصول الخمسة فى الجنابية على النفس .

الرأى الثالث: الأداء ينتقل الى خمسين دينارا أو ستمائة درهم (وهو لجمهور المالكية، وبعض الحنابلة[3] وهذا راجع الى أن الغرة تقدر بذلك، فعند الإعواز تقوم الغرة بالدراهم والدنانير،إذ هى قيم المتلفات، فلذلك قومت بعا الغرة، والإبل ليست بقيم

---

[1] صحيح مسلم ٣٥/٢ ، سنن النسائى٥/٨، ٦ ، سنن أبى داوزد ٢٨٥/٢، سنن البيهقى ١٠٣/٨، سبل السلام ٣٣٤/٣.

[2] كشاف القناع ٢٤/٦، وانظر منتهى الاردلت ٤٣٢/٤، ويراعى أن المذهب للحنابلة أن الدية تجب فى خمسة وبعض الحنابلة يضيف الحلل، فتكون أصول الدية عندهم ستة أصناف، ومما يدل لذلك عندهم ما روى عن جابر قال:فرض رسول الله ﷺ فى الدية عن أهل االإبل مائة من الأبل ، وعلى أهل للبقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفى شاة، وعلى أهل الحلل مائتى حلة وبما روى عن عبيده السلمانى قال: وضع عمر بن الخطاب الديات فوضع على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة ألاف درهم، وعلى أهل الأبل مائة من الابل، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ثنية ووسنة، وعلى أهل الشاة ألفى شاة، وعلى أهل الحلل مائتى حلة وهو قول الصاحبين والامامية وبعض الزيدية والاباضية.

[3] المنتقى ٨١/٧، حاشية البنانى على هامش شرح الزرقانى ٣٢/٨، كشاف القناع ٢٣/٦، المغنى٨٠٥/٧ .

المتلفات، فلذلك لم تعتبر بها الغرة، ولما ورد الشرع بالغرة، واحتيج إلى تقديرها، قدرت بما يقع به التقويم ، وهو العين، يقوى ذلك عندهم أن رسول الله ﷺ بالغرة فى اهل الإبل، ولم يجعل عليهم الإبل[١].

الرأى الرابع: الأداء ينتقل إلى القيمة. وهو للظاهرية وقول للزيدية والشافعية فى حال فقد الإبل[٢] إذ يرى الشافعية أنه فى حالة فقد الأبل وهى التى قدرت بها الغرة، يؤول الأمر إلى قيمة الإبل، فى وجه قيمة الغرة .

يقول الشيخ/ محمد الشربينى الخطيب[٣](فإن فقدت تلك الغرة حسا بأن لم توجد، أو شرعا بأن وجدت بأكثر من ثمن مثلها(فخمسة أبعرة) بدلا عنها، لأنها مقدرة بها عند وجودها، فعند عدمها يؤخذ ما كانت مقدرة به، ولأن الإبل هى الأصل فى الديات فوجب الرجوع إليها عند فقد المنصوص عليه، فإن فقدت الإبل وجب قيمتها كما فى فقد إبل الدية، فإن فقد بعضها وجبت قيمته مع الموجود (وقيل لايشترط) بلوغها (أى بلوغ الغرة نصف عشر الدية) بل متى وجدت سليمة مميزة وجب قبولها، وإن قلت قيمتها لإطلاق لفظ العبد والأمة فى الخبر. وعلى هذا

---

(١) المنتقى ٨١/٧، صحيح مسلم بشرح الأبى ٤٣٠/٤، كشاف القناع ٢٣/٦، المغنى٨٠٥/٧ .

(٢) مغنى المحتاج ١٠٥/٤، البحر الزخار ٢٥٨/٦، المحلى٢٤٨/١١ .

(٣) مغنى المحتاج ١٠٥/٤ .

الوجه المعبر عنه فى الروضه بالقول (فللفقد قيمتها) أى الغرة بالغة ما بلغت، كما لو غصب عبدا فمات[1].

ويوضح ابن حزم رأى الظاهرية (فإن لم يوجدا – العبد أو الأمة . فقيمة آحدهما– لو وجد– والقيمة فى هذا، وفى الغرة جملة إذ اعدمت أقل ما يمكن ، إذ لا يجوزأن يلزم أحد غرامة، إلا بنص أو اجماع.. فأقل ما كانت تساوى الغرة– لو وجدت واجب على العاقلة بالنص، وما زاد على ذلك غير واجب...).

الرأى المختار: والذى اختاره هو الرأى الثالث الذى يقضى بأنه فى حال فقد الغرة يؤول الأمر إلى خمسين دينارا أو ستمائة درهم لقوة ما استدلوا إليه، إذ أنه ﷺ أوجب الغرة فى الجناية على الجنين مع وجود الإبل، وعند فقد الغرة يرجع إلى القيمة باعتبار الذهب أو الفضة، إذ بهما تقوم المتلفات.

غير أنه يراعى الآن تردى قيمة الفضة بالنسبة للذهب فيقتصر على التقويم بالذهب فقط، وهذا ما ارتآه بعض الفقهاء المعاصرين فى زكاة النقود[2].

ولقد فطن فقاؤنا القدامى عليهم الرحمةلمثل تلك التغيرات التى تحدث فى أصول الدية والنقدين وغير ذلك فوضعوا الحلول المناسبة، ومن ذلك ما ذكره ابن قدامة[3] غير أنه يبدو أن الفرق

---

(1) المحلى ٢٤٨/١١ (مسألة ٢١٣٣)

(2) انظر كيف نتعامل مع السنة النبوية: معالم وضوابط للشيخ القرضاوى ص ١٣٣،١٣٢ وأشار فضيلته الى أنه سبقه الى ذلك الشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ عبد الوهاب خلاف، والشيخ عبد الرحمن حسن فى محاضرتهم عن الزكاة بدمشق ١٩٥٢م.

(3) المغنى ٨٠٤/٧، ٨٠٥ .

لم يكن على النحو الموجود فى عصرنابالنسبة للفضه يقول : إذا اختلفت قيمة الأبل فنصف عشر الدية من غيرها، مثل أن كانت قيمة الإبل أربعين دينارا أو اربعمائة درهم، فظاهر كلام الخرقى أنها تقوم بالإبل لأنها الأصل، وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فجعل قيمتها خمسين دينارا أو ستمائة درهم، فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به، وعلى أهل الورق به، فإن كان من أهل الذهب والورق جميعا قومها من هى عليه بما شاء منهما، لأن الخبرة الى الجانىفى دفع ما شاء من الأصول، ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك".[1]

هذا والله أعلم،،،

---

(1) انظر الموازين والمكاييل والمقاييس، أ/ محمد أمين نجم الدين محمد أمين الكردى ص ٨٩، ١٠٣ والماجع المشار إليها رسالة ماجستير كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ١٤٠١ هو على ذلك تقدر بالدينار وهو يساوى ٢٤ر٤ جرلما من الذهب فيكون المجموع ٥٠ × ٢٤ر٤ = ٢١٢ جرلما من الذهب الخالص ويقوم جرلم الذهب بالسعر المحدد من الجهة الرسمية وقت الحاجة اليه .



كلية الشريعة والقانون

زكاة العسل والخضروات
دراسة فقهية مقارنة





زكاة العسل والخضروات
دراسة فقهية مقارنه

إعداد الأستاذ الدكتور / سعد الدين مسعد هلالى
الأستاذ بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

يثور التساؤل عن حكم زكاة عسل النحل وحكم زكاة الخضروات وما فى حكمها مما لا يقتات.

ذلك أن محل الزكاة فيهما من جنس الثروة الزراعية ، التى يجب فيهما الزكاة بالإجتماع لقوله - تعالى -[1]

﴿وأتو حقه يوم حصاده﴾.

فهل تجب فى هاتين المسألتين (العسل والخضروات) الزكاة كسائر ثمار ومحاصيل الأرض المقاتة والمدخرة أو لاتجب فيهما لعدم قصد النماء الخالص ؟

هذا ما سنوضحة بإذن الله- تعالى- فى المطلبين الأتيين:

---

[1] سورة الأنعام الأية ١٤١.

المطلب الأول

حكم الزكاة فى عسل النحل

العسل : هو الصافى مما تخرجه النحل من بطونها، مذكر ومؤنث، والعسل الأبيض هو عسل النحل.

تقول: عسلت النحل؛ أى أخرجت العسل. والنحل: حشرة من رتبة غشائيات الأجنحة من الفضيلة النحلية، وإليها تنسب فصيلة النحليات ، تربى للحصول على عسلها وما يحتويه من شمع واحدتها: نحلة [1].

◆ **تحقيق المسألة من النتاج الزراعى أو الحيوانى:**

يرى أبن رشد المالكى أن مسألة الزكاة فى عسل النحل تدرس مع زكاة الحيوان، باعتبار أن العسل نتاج النحل الذى هو نوع من الحيوان[2] . فبعد أن تكلم ابن رشد عن زكاة الأموال (الأثمان) انتقل إلى الحديث عن زكاة الحيوان، وذكر اختلاف الفقهاء فى حكم زكاة الخيل، ثم بين اختلافهم فى حكم زكاة المعلوفة والعوامل من النعم، ثم انتقل إلى بيان حكم زكاة العسل فقال: وأجمعوا على أنه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة إلا العسل ، فإنهم اختلفوا فيه. وبعد ذلك توجه ابن رشد لبيان زكاة النبات وما اختلفوا فيه منها[3] .

---

[1] لسان العرب ص٢٩٤٥ ط دار المعارف، المعجم الوجيز ص٤١٩، ٦٠٦ مجمع اللغة العربية ط أولى ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م دار التحرير للطبع والنشر .

[2] يطلق الحيوان على كل ذى روح ناطقا كان أو غير ناطق، المعجم الوجيز ، ص ١٨٢.

[3] بداية المجتهد لابن رشد المالكى، ١/٢٥١-٢٥٣ط رابعة ١٣٩٥هـ ١٩٧٥ م مطبعة البابى الحلبى.

♦ ويرى كثير من الفقهاء أن مسألة الزكاة فى عسل النحل تدرس مع زكاة الزروع والثمار، باعتبار أن العسل مستخرج من الثمار والأنوار .

من هؤلاء فهاء الحنفية؛ حيث تكلم الإمام الزيلعى عن حكم الزكاة فى عسل النحل فى باب العشر مما يخرج من الأرض ، يقول : يجب العشر فى عسل وجد فى أرض العشر وفى كل شىء أخرجته الأرض سواء مسقى سيحا أو سقته السماء .. حتى يجب فى الخضروات ..

ثم قال : ويؤخذ من العسل العشر لأنه يتناول الثمار والأنوار وفيهما العشر ، فكذا ما يتولد منهما بخلاف دود القز لأنه يتناول الأوراق ولاعشر فيها [1] .

كما تكلم داماد أفندى عن حكم زكاة العسل فى باب زكاة الخارج من الأرض، فبعد أن تكلم عن زكاة القطن والزعفران وأنه لاشىء فى الحطب والتبن، قال: ويجب فى العسل العشر قل أو كثر، لأنه يتناول الثمار والأنوار، وفيهما العشر، فكذا فيما يتولد منهما [2] .

ومن هؤلاء فقهاء الشافعية؛ حيث تكلم الشيرازى عن حكم زكاة العسل فى باب زكاة الثمار، فقال: وتجب الزكاة فى ثمرة النخل والكرم .. ولا تجب فيما سوى ذلك من الثمار كالتين والتفاح .. واختلف قول الشافعى فى العسل فقال فى القديم :

---

(١) تبين الحقائق للزيلعى الحنفى ٢٩١/١، ٢٩٣ ط الأول المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق١٣١٣هـ .

(٢) مجمع الأنهر لداماد أفندى الحنفى ٢١٦/١، ٢١٧ دار إحياء التراث للنشر والتوزيع.

يحتمل أن يجب فيه. وقال فى الجديد: لاتجب لأنه ليس بقوت فلا يجب فيه العشر كالبيض[1] .

ومن هؤلاء فقهاء الحنابلة؛ حيث تكلم ابن قدامة عن حكم زكاة العسل فى باب زكاة الزروع والثمار، فبعد أن تكلم عن زكاة الزيتون، انتقل إلى الفصل الذى يليه فى حكم زكاة العسل ، وقال: مذهب أحمد أن فى العسل العشر[2] .

ومن هؤلاء: أبو عبيد، القاسم بن سلام، حيث عقد بابا لبيان ما اختلف الفقهاء فيه من صدقه ما تخرج الأرض من الحب والثمار فى أصناف ثلاثة : العسل والزيتون والخضر[3] .

وتوجهت إلى ذلك أيضا الموسوعة الفقهية التى أعدتها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت؛ حيث جاءت فى الجزء الثالث والعشرين تحت عنوان {زكاة الزرع والثمر المأخوذين من الأرض} وتكلمت عن زكاة العسل والمنتجات الحيوانية [4] .

ومن هنا: رأيت الحديث عن مسألة زكاةالعسل فى مسائل الثروة الزراعية باعتباره مستخرجا من الثمار والأنوار، التى تجب فيها الزكاة، وإن كان خروجه من بطون النحل؛ حيث لا يجب فى عين النحل زكاة، كما أن الذين قالوا بوجوب الزكاة فى

---

(1) المهذب للشيرازى الشافعى ١٥٣/١ ، ١٥٤ ط ثالثه ١٣٩٦هـ ١٩٧٦ م مطبعة مصطفى الباب الحلبى

(2) المغنى مع الشرح الكبير لابن قدامة الحنبلى ٥٧٧/٢ط أولى مطبعة المنار بمصر ١٣٤٨ هـ .

(3) الأموال لأبى غبيد بن سلام ص ٤١٧، ٤٩٦ تحقيق محمد خليل هراس .

(4) الموسوعة للفقهية ٢٣/ ٢٩٠ رقم ١١٨ إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ط ثانية ١٩٩٢م.

عسل النحل من الحنفية والحنابلة قالوا: إن القدر الواجب إخراجه هو العشر، كالزروع والثمار.

♦ تحرير محل النزاع وسبب الخلاف:

لا خلاف بين الفقهاء فى عدم وجوب الزكاة فيما يخرج من الأرض بواسطة الحيوان إلا العسل الذى اختلفوا فيه ولم يختلفوا فى عدم وجوب الزكاة فى اللبن والبيض والصوف والمسك وحرير القز .. وغيرها .

وسبب الخلاف فى حكم زكاة العسل - كما يذكره ابن رشد - هو الاختلاف فى تصحيح الأثر الوارد فى ذلك، وهو قولهﷺ (فى كل عشرة أزق زق)أخرجه الترمذى وغيره[١] .

♦ مذاهب الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها.

للفقهاء فى هذه المسأله مذهبان فى الجملة. أذكر هما فيما يلى .. مع بيان أدلتهم ومناقشتها والرأى الراجح:

♦ المذهب الأول: يرى أن الزكاة واجبة فى عسل النحل

والى هذا ذهب الحنفية والحنابلة والمذهب القديم للشافعى، ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وسليمان بن أبى موسى والأوزاعى واسحاق[٢] .

واشترط الحنفية لوجوب الزكاة فى عسل النحل أن يكون فى أرض العشر، أما إن كان من أرض خراجية فلا زكاة فيه، لأن الخراجية يؤخذ منها الخراج، ولا يجتمع عندهم عشر وخراج فى أرض واحدة .

---

[١] بداية المجتهد ٢٥٣/١.

[٢] شرح فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفى ٦/٢ط اولى ١٣٨٩هـ ١٩٧٠م ، تبين الحقائق ٢٩١/١، مجمع الأنهر ٢١٦/١ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٧٧/٢ ، المهذب ١٥٤/١، الأموال ص٤٩٦، ٤٩٧.

وروى عن أبى حنيفة أنه لازكاة فى عسل النحل إن كان فى أرض مفازة أو جبل غيرمملوك. وقال ابو يوسف: لازكاة إلا أن يكون النحل فى أرض مملوكة .

واستدل أصحاب هذا المذهب على وجوب الزكاة فى العسل بالسنة والمأثور والمعقول .

(أ) أما دليل السنة؛ فمنه :

(١) حديث عمرو بن شعيب [١] عن أبيه محمد عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن رسول الله ﷺ كان يؤخذ فى زمانه من قرب العسل من عشر قربات قربة من أوسطها .

وفى رواية عند ابن أبى شيبة عن عباد بن العوام عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب: أن أمير الطائف كتب إلى عمربن الخطاب : أن أهل العسل منعونا ما كانوا يعطون من كان قبلنا؟ قال: فكتب إليه: إن أعطوك ما كانوا يعطون رسول الله ﷺ ، فاحم لهم ، وإلا فلا تحم لهم ، وزعم عمرو بن شعيب أنهم كانوا يعطون من كل عشر قرب قربة .

وجه الدلالة من هذا الحديث واضح فيما يحكيه عمرو بن شعيب أن النبى ﷺ كان يأخذ زكاة العسل من كل عشرة قرب قربة، وهذا دليل على وجوب الزكاة فيه ، لأن النبى ﷺ لا يأخذ إلا ما وجب .

(٢) حديث سليمان بن أبى موسى [١]، قال: إن أبا سيارة المتعى- وكان حليفا لبنى بجالة ، وهى بطن من ذهل- قال: يا

---

[١] الأموال ص ٢٩٦ رقم ١٤٨٩، سنن ابن ماجه ٥٨٤/١ مطبعة عيسى البابى الحلبى دار إحياء الكتب العربية ١٣١٣ هـ ، المغنى والشرح الكبير ٥٧٧/٢، قال ابن قدامة :ورلواه أبو داود وابن أبى شيبة والأثرام.

رسول الله، إن لى نحلا. قال: أد العشر، قال: فاحم جبلها، قال: فحماه له.

ووجه الدلالة فى أمر النبى ﷺ أبا سيارة أن يؤدى زكاة نحلة، والأمر للوجوب .

(٣) حديث سعد بن أبى ذباب [٢]، قال: قدمت على رسول الله ﷺ، فأسلمت، وقلت: يا رسول الله، اجعل لقومى ما أسلموا عليه من أموال، قال: ففعل واستعملنى عليهم ، ثم استعملنى أبو بكر من بعده، ثم استعملنى عمر من بعده، قال فقدم على قومه، فقال لهم: فى العسل زكاة، فإنه لا خير فى مال لا يزكى، قالوا له: كم ترى ؟ قال: العشر ، فأخذ منهم العشر ، فقدم به على عمر ، وأخبره بما صنع، فأخذه عمر فباعه، فجعله فى صدقات المسلمين.

ووجه الدلالة من هذا الحديث فى قيام سعد بن ابى ذباب بتحصيل زكاة العسل من قومه وكان مندوبا عن النبى ﷺ والخلفاء من بعده ، فلو لم يكن واجبا لنهوه عن ذلك .

(ب) وأما دليل المأثور:

فما روى عن بعض الصحابة والتابعين من القول بوجوب الزكاة فى عسل النحل، وهم لا يقولون ذلك إلا عن توقيف، ومن هذا المأثور ما أخرجه أبو عبيد فيما يلى [٣] :

---

(١) رواه أبو عبيد فى الأموالص٤٩٦ رقم ٢٤٨٩ ، كما رواه أبو داوود وابن ماجه والبيهقى – أنظر تحقيق الأموال لمحمد خليل هراس ص٤٩٦ هامش ٢، سنن ابن ماجه ٥٨٤/١.

(٢) الموال ص٤٩٦ رقم ١٤٨٧ .

(٣) الأموال ص ٤٧٩ رقم ١٤٩٠ – ١٤٩٤

١) عن هلال بن مرة، أن عمر بن الخطاب قال في عشور العسل: ما كان منه في السهل ففيه العشر ، وما كان منه في الجبل ففيه نصف العشر .
٢) عن مروان بن شجاع عن خصيف، أن عمر بن عبد العزيز رأى في العسل العشر .
٣) عن النعمان بن المنذر، عن محكول قال : في كل عشرة أزق من عسل عشرها .
٤) عن محمد بن كثير عن الأوزاعي ، عن الزهري قال : في عشرة أزقاق زق .
٥) وعن سعيد بن عبد العزيز عن سليمان بن موسى أنه قال : في عشرة أزقاق زق ، قال سعيد : الزق يسع رطلين .

(جـ) وأما دليل المعقول:

فهوالقياس على الزروع والثمار ، لأن العسل متولد من الثمار والأنوار ، وفيهما العشر، فكذلك فيما يتولد منهما . وهذا بخلاف دود القز لأنه يتناول الأوراق ولا عشر فيها [١] .

مناقشة دليل الحنفية والحنابلة :

وردت عدة مناقشات على دليل الحنفية والحنابلة في وجوب زكاة عسل النحل وأهمها ما يلي :-

(أ) دليل السنة :

ماورد من السنة يدل على وجوب الزكاة في عسل النحل نوقوش من ناحيتي السند والمتن :

(١) أما من ناحية السند : فكل ما ورد في وجوب زكاة العسل ضعيف لا يقوى للاحتجاج به. فقد ذكر الحافظ ابن حجر عن

[١] تبيين الحقائق، مجمع الأنهر – المرجعين السابقين .

الزعفرانى ، قال: قال الشافعى : الحديث فى أن فى العسل العشر ضعيف ، واختيارى أنه لا يؤخذ منه. وقال البخارى : لا يصح فيه شىء ، وقال أبو بكر بن المنذر : ليس فى صدقة العسل حديث يثبت ولا إجماع ، فلا زكاة فيه ، وقال الترمذى: ولا يصح عن النبى ﷺ فى هذا البا ب كبير شىء .

قال الحافظ ابن حجر : وحديث عمرو بن شعيب- المذكور - قال عنه الدار قطنى: يروى عن ابن عبد الرحمن بن الحارث وابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مسندا، ورواه يحيى بن سعيد الأنصارى مرسلا. قال ابن حجر : فهذه علته ، معبد الرحمن وابن لهيعه ليسا من أهل الإتقان لكن تا بعهما عمرو ابن الحارث، وتابعهما أسامة بن زيد عن ابن ماجه، وقال المنذرى : وأخرجه النسائى. وأخرج ابن ماجه طرفا منه .

قال : وحديث ابن سيارة المتعى - المذكور - رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى من رواية سليمان بن موسى عن أبى سيارة، وهو منقطع . قال البخارى: لم يدرك سليمان أحدا من الصحابة وليس فى زكاة العسل شىء يصح . وقال أبو عمر بن عبد البر: لا تقوم بهذا حجة .

قال : وحديث سعد بن أبى ذباب - المذكور - فى اسناده منير بن عبد الله ، ضعفه البخارى والزدى وغيرهما[1].

(٢) وأما من ناحية المتن ؛ فتحمل هذه الأحاديث - على التسليم بصحتها - على التطوع والاختيار، وليس على سبيل الوجوب.

---

[1] تلخيص الحبير لابن حجر ٢/ ١٦٨ ط شركة الطباعة الفنية ، الزوائد على سنن ابن ماجه للبوصيرى المطبوع على هامش سنن ابن ماجه ٥٨٤/١ دار إحياء الكتب العربية ١٣١٣ هـ ، الأم للشافعى ٣٣/٢ ط بولاق ١٣٢١ هـ ، المغنى مع الشرح الكبير ٥٧٧/٢ .

قال الشافعي في حديث سعد بن أبي ذباب ، أنه أخذ العشر في العسل من قومه وسلمه إلى عمر بن الخطاب فباعه وجعله في صدقات المسلمين ، ليس فيه ما يدل على أن النبي ﷺ أمره بذلك، وإنما هو شيء رآه هو، فتطوع له به قومه[1] .

أجاب عن ذلك الإمام أحمد بأن أخذ الزكاة من عسل النحل لا يعني إلا الوجوب فقد ذكر ابن قدامة عن الأثرم، قال سئل أبو عبد الله: أنت تذهب إلى أن في العسل زكاة ؟ قلت : ذلك على أنهم تطوعوا به ، قال لا، بل أخذه منهم [2] .

(ب) دليل المأثور :

ما ورد من المأثور يدل على أن في عسل النحل زكاة ورد منه ما يخالفه وأن لا زكاة في عسل النحل كما سيأتي في دليل الملكية والشافعية، وعلى ذلك فيحمل ما ورد من المأثور في زكاة عسل النحل على التطوع.

(جـ) دليل المعقول :

قياس عسل النحل على الزروع والثمار ، لأنه متولد من الثمار والأنوار، قياس غير صحيح لأن السبب في وجوب الزكاة في الزروع والثمار أنهم نتاج الأرض النامية بخلاف العسل الذي هو نتاج الحيوان ، فكان حكمة حكم اللبن والبيض . ثم إن الزكاة تجب في الثمار ولا تجب في الأنوار، فكان مقتضى القياس أن لا تجب الزكاة في العسل والأنوار .

---

[1] الأم، تلخيص الحبير – المرجعين السابقين .

[2] المغنى والشرح للكبير ٥٧٧/٢.

المذهب الثاني: يرى أن الزكاة غير واجبة في عسل النحل:

وإلى هذا المذهب المالكية والجديد عند الشافعية، وبه قال عبد الله بن عمر، وعمر بن عبد العزيز في قول آخر وابن أبي ليلى وسفيان الثوري وابن المنذر[1].

استدل أصحاب هذ المذهب على عدم وجوب الزكاة في عسل النحل بالسنة والمأثور والمعقول :-

(١) أما دليل السنة :-

فحديث أبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل حين بعثهما النبي ﷺ إلى اليمن[2]، يعلمان الناس أمر دينهم، قال لهما: (لا تأخذوا في الصدقة إلا من هذه الأصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر).

ووجه الدلالة يذكره أبو عبيدة وهو أن النبي ﷺ لم يامر معاذا أن يأخذ الزكاة من العسل حين بعثه إلى اليمن، وهي بلاد العسل، مما يدل على إسقاط الصدقة عنه[3].

لكن الجواب عن ذلك بأن الحديث ورد في الزروع والثمار، أما العسل فقد ورد فيه نص خاص.

(٢) وأما دليل المأثور :-

فما روى عن بعض السلف الصالح من القول بعدم وجوب زكاة عسل النحل، وهم لا يقولون ذلك إلا عن توقيف مع

---

(١) بداية المجتهد ٢٥٣/١، الأم ٢/ ٣٣، المهذب ١٥٤/١، الأموال ص ٤٩٨، المغنى والشرح الكبير ٢/ ٥٧٧

(٢) أخرجه الحاكم وصححه - المستدرك للحاكم ٤٠١/١ ط دار المعارف العثمانية، كما أخرجه الطبراني والدار قطني، وقال البيهقي: رواته ثقات وهو متصل - مجمع الزوائد للهيثمي ٧٥/٣ مؤسسة المعرف بيروت، بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني مع سبل السلام ٥٣٠/٢ ط دار الحديث القاهرة.

(٣) الأموال ص ٥٠٤ رقم ١٥٣٢.

حسن الظن بهم، واشتهار المسألة ، ومن ذلك المأثور ما أخرجه أبو عبيد بسنده مما يلى[1] :-

- عن ابن عمر قال: ليس فى الخيل ولا فى الرقيق ولا فى العسل صدقة.

وراوه ابن أبى شيبة عن نافع قال : بعثنى عمر بن عبد العزيز على اليمن ، فأردت أن آخذ من العسل العشر ، فقال مغيرة بن حكيم الصنعانى : ليس فيه شىء ، فكتبت إلى عمر ، فقال : صدق وهو عدل رضى .

- وقال ابن أبى ليلى وسفيان الثورى : لا صدقة إلا فى أربعة أشياء : البر والشعير والتمروالزبيب . قال أبو عبيد : يدل هذا بالتأويل أنه لا زكاة فى العسل .

ويلاحظ أن عمر بن عبد العزيز روى عنه أبو عبيد رواية أخرى أن فى العسل العشر ، كما سبق فى دليل الحنيفة .

(٣) وأما دليل المعقول فمن وجهين :

الوجه الأول :- أن عسل النحل ليس بقوت فلا يجب فيه العشر كالبيض [2] .

الوجة الثانى :- أن عسل النحل لي خارجا من الأرض حتى يتحقق فيه سبب وجوب الزكاة كالزرع ، وإنما هو مائع خارج من حيوان ، فكان حكمة حكم اللبن والعنبر واللؤلؤ[3] .

---

(١) الأموال ص ٤٩٨ رقم ١٤٩٥- ١٤٩٨ .

(٢) المهذب ١/ ١٥٤ - والقوت هو الذى يعد للنفقة ويصلح أن يكون قوتا تتغذى به الأجسام على الدوام بخلاف ما يكون قواما للأجسام لا على الدوام - النظم المستعذب شرح غريب المهذب لابن بطال هامش المهذب ١٥٤/١ ط الثالثة ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦ م مطبعة مصطفى الباب الحلبى

(٣) تبين الحقائق ٢٩٣/١، المغنى والشرح الكبير ٥٧٧/٢، الأموال ص٤٩٨ رقم ١٤٩٧.

- أعترض على ذلك ابن قدامة، فقال: قياس العسل على اللبن لا يصح، لأن اللبن وجبت الزكاة فى أصله، وهى السائمة بخلاف العسل[1] .

- ويمكن الجواب عن ذلك بأن العسل وجبت الزكاة فى أصله، وهو الزرع والثمار، بل إن اللبن يمكن أن يقتات بخلاف العسل، يدل لذلك حديث ابى سعيد فى زكاة عيد الفطر، قال: كنا نعطيها فى زمن النبى ﷺ صاعا من طعام أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير أو صاعا من زبيب أو صاعا من أقط (متفق عليه)[2] ، والقط - بفتح الهمزة وكسر القاف - لبن مجفف يابس مستحجر يطبخ به[3] .

♦ **والراجح:** هو ما ذهب إليه المالكية والشافعية من القول بعدم وجوب الزكاة فى عسل النحل، لعدم ثبوت دليل صحيح فيه، والواجب لا يثبت إلا بيقين .

وأرى استحباب إخراج الزكاة فى عسل النحل خروجا من الخلاف، وشكرا لله تعالى على نعمه.

وهذا ما ارتآه ابو عبيد، بعد أن روى ما ثبت فى العسل وقال: جاءت أثار بإسقاط الصدقة عنه، وجاءت اثار أخرى بإيجابها فيه، فاعتدل الوجهان فى العسل.

وأشبه الوجوه فى أمره عندى: أن يكون أربابه يؤمرون بأداء صدقته ويحثون عليها، ويكره لهم منعها، ولا يؤمن عليهم المأثم فى كتمانها، من غير أن يكون فرضا كوجوب صدقة

---

(1) المغنى والشرح الكبير ٢/ ٥٧٧ بتصرف .

(2) صحيح البخارى ١٥٠/٣ط المكتبة السلفية، صحيح مسلم ١٣/٢ط الحلبى، بلوغ المرام مع سبل السلام ٥٣٩/٢

(3) سبل السلام للصنعانى ٥٣٩/٢ ط دار الحديث

الأرض والماشية، ولا يجاهد أهله على منع صدقته كما يجاهد مانعوا ذينك المالين، ذلك أن السنة من رسول الله ﷺ لم تصح فيه كما صحت فيهما، ولا وجدت فى كتب صدقاته[1] .

نصاب العسل والقدر الواجب إخراجه:

على مذهب من قال بوجوب الزكاة فى عسل النحل من الحنفية والحنابلة، فما هو النصاب فيه؟ وما القدر الواجب إخراجه؟ خلاف.

◆ أما القدر الواجب إخراجه فقد أتفقوا على أنه العشر، وروى أبو عبيد هلال بن مرة أن عمر بن الخطاب قال فى عشور العسل: ما كان منه فى السهل ففيه العشر، وما كان منه فى الجبل ففيه نصف العشر[2] .

وقول عمر هذا يتفق مع قياس الزروع والثمار،لأنها إن سقيت بماء السماء ففيها العشر، وإن سقيت بالنواضح ففيها نصف العشر.

◆ وأما نصاب العسل، فقد اختلفوا فيه اختلافا كبيرا.

– قال أبو حنيفة: نصاب العسل، فتجب زكاته فى القليل والكثير بناء على أصله فى الحبوب والثمار .

– وقال ابو يوسف: نصاب العسل هو نصاب أصله من الزروع والثمار: خمسة أوسق بالقيمة، يعنى يقوم العسل فإن بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من الزروع وجبت الزكاة .

وعن أبى يوسف: أن نصاب العسل يقدر بعشرة قرب، وعنه: أنه يقدر بعشرة أرطال.

– وقال محمد بن الحسن الشيبانى: نصاب العسل يقدر بخمسة أفراق، كل فرق ستة وثلاثون رطلا، لأنه ما يقدر به نوعه[3]

---

[1] الأموال ص ٥٠٤ رقم ١٥٣٣، ١٥٣٤ .

[2] الأموال ص ٤٩٧ رقم ١٤٩٠ .

[3] تبين الحقائق ٢٩٣/١ .

- وقال الحنابلة: نصاب العسل عشرة أفراق، استدلالا بما روى عن عمر بن الخطاب، أن ناسا سألوه فقالوا: إن رسول الله ﷺ قطع لنا وادياً باليمن فيه خلايا من النحل، وإنا نجد ناسا يسرقونها، فقال عمر: إن أديتم صدقتها من كل عشرة أفراق فرقا حميناها لكم.

قال ابن قدامة: رواه الجوزجانى. وهذا تقدير من عمر رضى الله عنه، فيتعين المصير إليه. والفرق:ستة عشر رطلا بالعراقى، قاله أحمد فى رواية أبى داود. وقال ابن حامد: الفرق ستون رطلا. فعلى الأول يكون النصاب مائة وستون رطلا، وعلى الثانى يكون النصاب: ستمائة رطل.

وقال الخليل بن أحمد: الفرق- بإسكان الراء- مكيال ضخم من مكاييل أهل العراق، وقيل: هو مائة وعشرون رطلا.وقال أبو عبيد: لا خلاف بين الناس أعلمه فى أن الفرق ثلاثة أصع، قال ابن قدامة: ويحتمل أن يكون نصابه ألف رطل، لحديث عمرو بن شعيب أنه كان يؤخذ فى زمن النبى ﷺ من قرب العسل من كل عشر قرب قربة من أوسطها.

قال ابن قدامة: والقربة عند الأطلاق مائة رطل، بدليل أن القلتين خمس قربوهى خمسمائة رطلى[1].

---

(1) المغنى والشرح الكبير ٥٧٨/٢ - وعلى القول بأن الفرق ثلاثة اصع، فإن الصاع يقدر بالوزن المعاصر بعدد ٢كيلو جرام، وعليه فالنصاب فى العسل =١٠ فرق × (٣× ٢,١٧٠) = ٦٥,١٠ كيلو جراما - أنظر تقويم الصاع بالكيلو فى فقه الزكاة للدكتوريوسف القرضاوى ٣٧٣/١ مؤسسة الرسالة- بيروت ط الخامسة عشر ١٤٠٦-هـ -١٩٨٥ .

المطلب الثانى
حكم الزكاة فى الخضروات وما في حكمها مما لا يقتات

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء فى عدم وجوب الزكاة على ما تخرجه الأرض من الحشيش والحطب والقصب .. وغيرها مما لايقصد به الاستغلال[1].

ولا خلاف بين الفقهاء فى وجوب الزكاة فى أربعة أشياء من الزروع والثمار، وهى: البر والشعير والتمر والزبيب. وممن حكى الإجماع فى ذلك ابن المنذر وابن عبد البر.

واختلفت الفقهاء فى حكم زكاة ما عدا تلك الأصناف الأربعة من النبات، سواء كان مدخرا ومقتاتا كالأرز والذرة، أو من القطنيات كالفول والعدس والحمص، أو من الأبازير[2] كالكمون والكراويا، أو من البزور كبزر الكتان والقثاء والخيار ،أو من حب البقول كحب الفجل والترمس والسمسم، أو كان من المشمش والفستق والبندق، أو كان من الفواكه كالخوخ والكمثرى والتفاح، أو كان من الخضر كالقثاء والخيار والباذنجان والجزر .

---

(1) بداية المجتهد ٢٥٣/١

(2)الأبازير هى التوابل، تقول: بزر وبزر القدر: رمى فيها الأبازير، وبزر كلامة: حسنه وزوقه، والبزر – بفتح أو كسر الباء وسكون الزاى- الحب يلقى فى الأرض للإنبات. والنسل والجمع: بزور، والبزر بكسر اليا – التابل، والجمع أبراز وأبازير: المعجم الوجير ص٤٨. والبذر- بالذال- كل حب يزرع فى الأرض والنسل ومنه (أن هؤلا لبذر سوء) ، والجمع: المعجم الوجيرص٤٨. والبذر – بالذال- البذر – المعجم الوجيزص٤٢.

حيث ذهب بعض أهل العلم إلى أن الزكاة لاتجب إلا في الأصناف الأربعة سالفة الذكر وبعضهم ذهب إلى أن الزكاة تجب في جميع المدخر المقتات، وبعضهم ذهب إلى الزكاة تجب في كل ما تخرجة الأرض ما عدا الحشيش والحطب والقصب .

سبب اختلاف الفقهاءفي هذه المسألة :

يفصل ابن رشد اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، ويقول:

- أما سبب الخلاف بين من قصر الزكاة على الأصناف المجمع عليها وبين من عداها إلى المدخر المقتات؛ فهو اختلافهم في تعلق الزكاة بهذه الأصناف الأربعة، هل هو لعينها أو لعلة فيها، وهل هي الاقتيات؟ فمن قال لعينها: قصر الوجوب عليها، ومن قال لعلة الآقتيات: عدى الوجوب لجميع المقتات.

- وأما سبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداه إلى جميع ما تخرجه الأرض إلا ما وقع عليه الإجماع من الحشيش والحطب والقصب؛ فهو معارضة القياسلعموم اللفظ.

أما اللفظ الذى يقتضى العموم فهو قولهﷺ : " فيما سقت السماءالعشر، وفيما سقى بالنضح نصف العشر" وما بمعنى الذى والذى من ألفاظ العموم، وقولة تعالى [1]: ﴿ **و هو الذى أنشأ جنات معروشات**﴾ .. الآية إلى قوله تعالى : ﴿ **وأتوا حقه يوم حصاده**﴾ .

وأما القياس فهو أن الزكاة إنما المقصود منها سد الخلة، وذلك لايكون غالبا إلا فيما هو قوت.

(1) سورة الأنعام الآية ١٤١.

فمن خصص العموم بهذا القياس أسقط الزكاة مما عدا المقتات، ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك إلا ما أخرجه الإجماع.

والذين أتفقوا على المقتات اختلفوا فى أشياءمن قبل اختلافهم فيها، هل هى مقتاتة أم ليست بمقتاتة؟ وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس؟ مثل اختلاف مالك والشافعى فى الزيتون. فان مالكا ذهب إلى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعى فى قوله الأخير بمصر. وسبب اختلافهم: هل هو قوت أو ليس بقوت؟ ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك فى إيجاب الزكاة فى التين أو لا.

وذهب بعضهم إلى أن الزكاة تجب فى الثمار دون الخضر،وهو قول ابن حبيب(١).

مذاهب الفقهاء وأدلتهم:

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة، ويمكن إجمال أقوالهم فى المذاهب الثلاثة الأتية:-

المذهب الأول: يرى أن الزكاتجب فى أربعة أصناف فقط من النبات.

وهى: البر والشعير والتمروالزبيب، ولا تجب فيما عداها من أصناف.

حكى هذا المذهب عن الإمام أحمد، وبه قال ابن أبى ليلى وسفيان الثورى وابن المبارك وأبو عبيد، وهو قول ابن عمر وموسى بن طلحة والحسن وابن سيرين والشعبى والحسن بن صالح، وهو اختيار الصنعانى(٢).

---

(١) بدية المجتهد ٢٥٣/١،٢٥٤.

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥٥٠/٢، بداية المجتهد٢٥٣/١، الأموال ص٤٩٨، ص٥٠٤ رقم ١٥٣٠ ، سبل السلام ٥٣٠/٢ .

وحجة أصحاب هذا المذهب: أن ما عدا هذه الأصناف الأربعة (البر والشعير والتمر والزبيب) لا نص فيها ولا إجماع، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فى غلبة الاقتيات بها وكثرة نفعها ووجودها فلم يصح قياسة عليها، ول إلحاقه بها، فيبقىعلى الأصل من البراءة[1].

ونقل الصنعانى عن صاحب المنار، قال: أن ما عدا الأربعة(المجمع عليها) محل احتياط أخذ وتركا، والذى يقول لا يؤخذمن غيرها.

قال الصنعانى: الأصل المقطوع به حرمة مال المسلم، ولا يخرج عنه إلا بدليل قاطع وهذا المذكور، لايرفع ذلك الأصل [2] .

وأما الدليل على وجوب الزكاة فى الأصناف الأربعة فأحاديث كثيرةأذكر منها ما يلى :

١. حديث ابن موسى الأشعرى ومعاذ بن جبل رضى الله عنهما، قال لهما النبى ﷺ حين بعثهما إلى اليمنم يعلمان الناس أمر دينهم: (لا تأخذوا فى الصدقةإلا من هذه الصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر). رواه الحاكم وصححه، والطبراني، والدار قطنى، وقال البيهقى: (رواتة ثقات وهو متصل)[3].

٢. حديث موسى ابن طلحة عن عمر قال: (إنما سن رسول اللهﷺ الزكاة فى هذه الأربعة: (الشعير والحنطة والزبيب والتمر). رواه الطبرانى، وقال أبو زرعة: إنه مرسل[4].

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٢/٥٥٠.

(٢) سبل السلام ٢/٥٣٠ .

(٣) سبق تخريجة فى دليل المالكية والشافعية فى عدم وجوب زكاة فى عسل نحل.

(٤) سبل السلام ٢/٥٢٩- كما أخرجه للدار قطنى ٢/٩٦ طدار المحاسن وفيه انقطاع كما فى التلخيص لابن حجر ٢/١٦٦ ط شركة الطباعة الفنية .

٣.حديث عمرو بن شعيب عن أبيه محمد عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، قال رسول الله ﷺ(الزكاة فىالحنطة والشعير والتمر والزبيب).

وفى رواية: (العشر فى التمر والزبيب والحنطة والشعير). رواهما الدار قطنى، كما أخرجه ابن ماجه بزيادة (الذرة)[1]

قال ابن حجر فى تلخيص الحبير: إنه حديث واه، وفى الباب مراسيل فيها ذكر الذرة قال البيهقى: هذه المراسيل طرفتها مختلفة، وهى يؤكد بعضها بعضا[2].

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث واضح فى حصر النبى ﷺ الأصناف التى يجب فيها الزكاة بهذه الأربعة، فلا يجوز التزيد عليها.

يقول أو عبيد: وقد بعث رسول الله ﷺ معاذ إلى اليمن- وهو معدن السمسم- فلم يبلغنا أنه أمره فى حبه ولا دهنة بشىء.

كما لايأمر النبى ﷺ معاذا ان يأخذ العسل من شيئا حين بعثه إلى اليمن، وهى بلاد العسل[3].

المذهب الثانى: يرى وجوب الزكاة فى كل شىءأخرجتة الأرض مما يقصد به الاستغلال غالبا.

وعليه فتجب الزكاة فى الأصناف الأربعة المجمع عليها، كما تجب فى كل ما يقتات وما يتفكه به، كما تجب الزكاة فى الخضروات .

---

(1) سنن الدار قطنى ٩٣/٢ ط دار المحاسن، سنن ابن ماجه٥٨٣/١، سبل السلام ٥٣٠/٢.

(2) تلخيص الحبير ١٦٤/٢، ١٦٦طـ شركة الطباعة الفنية، سبل السلام ٥٣٠/٢

(3) الأموال ص٥٠٣،٥٠٤ رقم(١٥٢٦، ١٥٣٢).

ولا تجب الزكاة فى الحطب والقصب الفارسى والحشيش والسعف. وغيرها مما لايقصد به استغلال الأرض غالبا، بل تنتفى عنها. أما لو استغل بها أرضه وجبت فيها الزكاة.

وعلى هذا: كل ما لايقصد به استغلال الأرض لا تجب فيه الزكاة، وكذلك لا زكاة فيما هو تابع للأرض كالنخل والأشجار، لأنه بمنزلة جزء الأرض، ولهذا يتابعها البيع.
(وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة)[1]. وهو مذهب الهادوية[2].
قال أبو عبيد: ويروى عن مجاهد وابراهيم النخعى ذلك القول، وقد روى عنهما خلافه[3].

دليل الحنفية والهادوية :-

استدل الإمام أبو حنيفة ومن وافقه من الهادوية على وجوب الزكاة فى كل شىء أخرجته الأرض عدا ما لايقصد به الاستغلال غالبا كالحطب والحشيش والقصب الفارسى من وجهتين:

الأولى:- ثبوت الزكاة فى كل ما تخرجه الأرض.

والثانية :- نفى الزكاة عما تخرجه الأرض مما لايقصد به الاستغلال.

أولا: الدليل على وجوب الزكاة فى كل شىء أخرجته الأرض:

بعموم الأدلة من الكتاب والسنة والمأثور والمعقول:

---

(1) تبين الحقائق ٢٩١/١، ٢٩٢، مجمع الأنهر ٢٥١/١، حاشية ابن عابدين ٤٩/٢،٥٠ ط ثالثة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ١٣٢٣ هـ.

(2) سبل السلام ٥٣٠/٢.

(3) الأموال ص ٥٠١ رقم ١٥١٧، وسيأتى فى دليل المأثور للمذهب الثالث بإذن الله تعالى.

١- أما دليل الكتاب فعموم قوله تعالى:[١]{يأيها الذين أمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من ألأرض}. فهذا عام فى كل شيء أخرجته الأرض.

وقال تعالى: [٢]{ وهو الذى أنشأ جنات معروشات وغير معروشات والنخل والزرع مختلفا أكله والزيتون والرمان متشابها وغير متشابه كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده}. وهذه الآية أيضا عامة فى كل ما يزرع ليحصد بقصد النماء.

٢- وأما دليل المأثور فما رواه ابو عبيد عن مجاهد، قال: كل شيء خرج من الأرض - قل أو كثر- مما سقت السماء أو سقى العيون ففيه العشر، وما سقى بغرب أو دالية أو ناعورة ففيه نصف العشر.

قال أبو عبيد: وروى عن إبراهيم النخعة مثل هذا، وروى عن ابراهيم ومجاهد خلافة[٣].

٣- وأما دليل السنة فما رواه البخارى عن عبد الله بن عمر[٤] أن النبى ﷺ قال:"فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر، وفميا سقى بالنضح نصف العشر". فهذا الحديث عام فى كل ما يخرج من الأرض دون أستثناء، لأن ما بمعنى الذى، والذى من ألفاظ العموم.

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٦٧.

(٢) سورة الأنعام الآية ١٤١ .

(٣) الأموال ص٥٠١ رقم ١٥٨١، ١٥١٩ .

(٤) صحيح البخارى ١٤٨/٣، بلوغ المرام مع سبل السلام ٥٢٨/٢ رقم ٥٧٤- والعثرى - بفتح العين والثاء وكسر الراء وتشديد الياء- و النبات الذى يشرب بعروقه منغير سقى كما فسره الخطابى - سبل السلام ٥٢٨/٢.

٤- وأما دليل المعقول فهو قياس كل ما يخرج من الأرض، إذا قصد بزراعته النماء، على الأصناف الأربعة المجمع على وجوب الزكاة فيها، بجامع النماء فى كل، لأن السبب هى الأرض النامية[١].

ثانيا : الدليل على عدم وجوب الزكاة فيما تخرجه الأرض مما لايقصد به الاستغلال:

- استدل أبو حنيفة علىذلك بأن ما تخرجه الأرض مما لايقصد به الاستغلال لا يدر نماء للأرض بل يعوق استغلالها، والزكاة إنما تجب فيما يقصد للنماء.وعليه فلا يجد نتاج بعينه لايقصد به الاستغلال، وإنما الأمر يختلف باختلاف الأحوال، فربما كان الحشيش والحطب والقصب والتين والسعف مما لايقصد به الاستغلال فلا زكاة فيه، وربما قام صاحب الأرض بزراعة، ذلك قاصدا الاستغلال والنماء، فتجب فيه الزكاة[٢].

- واستدل الهادوية على استسناء الحطب والحشيش والتبن بحديث النبى ﷺ : " الناس شركاء فى ثلاث : الكلأ والماء والنار" والكلأ هو الحشيش وقاسوا الحطب عليه[٣].

- المذهب الثالث: يرى أن الزكاة واجبة فى كل ما تخرجة الأرض مما يبس ويدخر من الأقوات والثمار:

- أما الأقوات: فكالحفطة والشعير والذرة والأرز والعدس والحمص واللوبيا.. وما أشبه ذلك.

- وأما الثمار : فكالتمر والزبيب والمشمش واللوز والفستق والبندق.. وما أشبه ذلك.

---

(١) تبين الحقائق ٢٩٣/١، المغنى والشرح الكبير ٥٥٠/٢ .

(٢) تبيين الحقائق ٢٩٢/١

(٣) سبل السلام ٥٣٠/٢.

أما ما لاييبس ويدخر فهو لازكا فيه سواء كان من الخضروات كالقثاء والخيار والباذنجان واللفت والجزر، أو كان من الفاكهة كالخوخ والكمثرى والتفاح.. وما أشبه ذلك من الفواكه والخضرة، أو كان من المتاع كالقطن والكتان.

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وإلية ذهب أبو يوسف ومحمد صاحبا" أبى حنيفه، وروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن ابى طالب[1] . قال أبو عبيد: وعليه الآثار كلها، وبه تعمل الأمة اليوم[2] .

هذا، وللفقهاء أصحاب هذا المذهب تفصيل فى كتبهم، لا يخرج فى الجملة عما ذكرت.

فقد نص المالكية والشافعية على ان الزكاة تجب فى كل ما تخرجة الأرض مما يدخر ويقتات من النبات، ونص الحنابلة على ان الزكاة تجب فى كل ما تخرجه الأرض مما ييبس ويبقى مما يكال من النبات، وهم بذلك يتفقون مع المالكية والشافعية فى شرطى الإدخار والإقتيات، لأن النبات الذى ييبس يتخذ للاقتيات، وتزيد الحنابلة شرط الكيل، وهو شرط يختلف بالعرف، وحاليا يكال أو يوزن كل ما يخرج من الأرض .

ونص أبو يوسف ومحمد من الحنيفة على أن الزكاة تجب فى كل ما تخرجه الأرض مما يدخر بطبعه ويبقى سنة بلا معالجة كثيرة.

---

(١) تبيين الحقائق ٢٩٢/١، مجمع الأنهر ٢١٥/١، حاشية ابن عابدين٢/٥٠، بداية المجتهد٢٥٣/١، كفاية الطالب الربانى لابن خلف المصر المالكى ٢٨٩/١ مطبعة محمد على صبيح، المهذب١٥٦/١، المغنى والشرح الكبير ٢٤٩/٢، الأموال ص ٥٠٠ وما بعدهما.

(٢) الأموال ص ٥٠١ رقم ١٥١٦.

والمتأمل فيما نص عليه هؤلاء الفقهاء لا يرى اختلافا حقيقيا بينهم، وانحصر الخلاف في التطبيقات؛ ولذلك قال ابن رشد: الذين اتفقوا على المقتات اختلفوا في أشياء من قبل اختلافهم منها، هل هي مقتاتة أم ليست بمقتاتة؟ وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس؟[1].

دليل مذهب الجمهور:

استدل الجمهور على مذهبهم من وجوب الزكاة في كل ما يخرج من الأرض مما ييبس ويدخر من الأقوات والثمار، وعدم وجوبها في غير ذلك من الخضروات بالسنة والمعقول.

أولا: دليل الجمهور على وجوب الزكاة فيما يدخرويقتات من النبات:

- **استدل الجمهور على ذلك بالسنة والمعقول:**

(أ) أما الدليل في السنة فمنه:

١. حديث أبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل، حين بعثهما النبي ﷺ إلى اليمن يعلمان الناس أمر دينهم، قال لهما:" لا تأخذوا في الصدقة إلا من هذه الأصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر".

وحديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا:" الزكاة في الحنطة والشعير والتمر والزبيب"، وفي رواية ابن ماجه بزيادة(والذرة).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نص على هذه الأصناف الأربعة، وهذه الأصناف بمثابة الأجناس يدخل تحتها أنواع تشبهها، فالأمر لا يتعلق بعين هذه الأربعة، وإنما يتعلق بالعلة

---

[1] بداية المجتهد ٢٥٣/١ .

فيها، وهى الاقتيات والادخار من الزروع والثمار، فالشعير والحنطة رمز للمزروعات المدخرة للأقوات، والزبيب والتمر للثمار المدخرة للأقوات.

٢- حديث ابى سعيد الخدرى [١]، أن النبى ﷺ قال: (ليس فما دون خمسة أو ساق من تمر ولا حب صدقة).

وقول النبىﷺ لمعاذ: (خذ الحب من الحب).

وجه الاستدلال: أن النبىﷺ نص على وجوب الزكاة فى جميع ما تناوله لفظ الحب، ولو لم يكن منصوصا عليه.

(ب) أما دليل المعقول فهو:

أن كل ما يدخر ويقتات من النبات يقصد بزراعته نماء الأرض واستثمارها دون كبير نفقة، لأن ما يدخر بطبعة بلا معالجة كثيرة، وكان ما يقتات أى يكثر الطلب عليه يحقق نماء كبيرا، ناسب أن تدخله المواساة بالزكاة كالشعيروالحنطة والزبيب والتمر.

ثانيا : دليل الجمهور على عدم وجوب الزكاة فى الفاكهة والخضروات:

استدل الجمهور على عدم وجوب الزكاة فيما لايدخر ولا يقتات من النبات كالفاكهة والخضروات، من السنة والمأثور والمعقول:

(أ) وأما دليل السنة فمنه:

١- حديث أنس بن مالك، أن النبىﷺ قال: (ليس فى الخضروات صدقة) . أخرجه الدار قطنى، وضعف أحد

---

(١) أخرجه البخارى فى صحيحة ١٤٤/٣، ومسلم فى صحيحه ٦٧٤/٢ط الحلبى، بلوغ المرام مع سبل السلام ٥٢٧/٢.

رواته[1]، كما أخرجه البيهقى بعدة طرق، وقال: هذه الأحاديث كلها مراسيل، إلا أنها من طرق مختلفة، فبعضها يؤكد بعضا[2].

وقال ابن حجر: حديث (ليس فى الخضروات صدقه)، أخرجه الدار قطنى مرفوعا عن طريق موسى ابن طلحة ومعاذ، وقول الترمذى لم يصح رفعه إنما هو مرسل من حديث موسى بن طلحة عن النبىﷺ فموسى بن طلحة تابعى عدل يلزم من يقبل المراسيل قبول ما أرسله، وقد ثبت عن على وعمر موقوفا وله حكم الرفع[3].

ووجه الدلالة: صريح فى نص الحديث الشريف؛ بأنه لا زكاة فى الخضروات.

٢- حديث عائشة، أنة النبىﷺ قال: (ليس فيما أنبتت الأرض من الخضر صدقه)، أخرجه الدار قطنى [4].

ووجه الاستدلال كسابقه.

٣- حديث معاذ، أنه كتب إلى النبى ﷺ ، يسأله عن الخضروات وهى البقول؟ فقال: (ليس فيها شىء).

أخرجه الترمذى، وقال: يرويه الحسن بن عمارة، وهو ضعيف، والصحيح أنه عن موسى بن طلحة عن النبى ﷺ مرسل. وقال موسى بن طلحة: جاء الأثر عن رسول اللهﷺ فى خمسة أشياء: الشعير والحنطة والسلت والزبيب والتمر، وما سوى ذلك مما أخرجت الأرض لا عشر فيه. وقال: إن معاذ لم يأخذ من الخضرصدقة[5].

---

(1) كما أخرجه الدار قطنى عن على وعن موسى بن طلحة عن أبيه، سنن الدار قطنى٢/٩٦ ط دار المحاسن.

(2)السنن الكبرى ٤/ ١٢٩ ط دار المعارف العثمانية

(3) سبل السلام، الصنعانى ٢/٥٣١ .

(4) سنن للدار قطنى ٢/٩٧ .

(5) المغنى والشرح الكبير ٢/٥١١- والسلت: نوع من الشعير.

وأخرج أبو عبيد بسنده عن عطاءبن سلت، قال: أراد المغيرة بن عبد الله أن يأخذ من أرض موسى ابن طلحة الصدقة من الخضروات. فقال له موسى: ليس ذلك لك، إن رسول الله ﷺ قد نهى عن الخضروات[1].

ورواه يحيى بن آدم فى كتاب الخراج عن عطاء بن السائب، أراد موسى بن مغيرة أن يأخذ من خضر أرض موسى بن طلحة؛ فقال له موسى بن طلحة: إنه ليس فى الخضر شىء .

ورواه عن رسول اللهﷺ قال:" فكتبوا إلى الحجاج بذلك، فكتب الحجاج: أن موسى ابن طلحة أعلم من موسى بن المغيرة"[2].

وأخرج الدار قطنى عن معاذ[3]، أن النبى ﷺ قال له حين بعثه إلى اليمن:" لا تأخذوا فى الصدقة إلا من هذه الأصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر". قال معاذ: فأماالقثاء والبطيخ والرمان والقصب فقد عفا عنه رسول الله ﷺ .

قال ابن حجر عن هذه الزيادة: فيها ضعف وانقطاع إلا أن معناه قد أفاده قد أفاده الحصر فى الأربعة أشياء المذكورفى الحديث[4].

ووجه الدلالة من هذا الحديث: صريح فى نفى النبى ﷺ، الزكاة عن الخضروات عندما سأله معاذ عنها، والخضروات هى البقول[5].

---

(1) الأموال ص٥٠٠ رقم ١٥٠٦ .

(2) تحقيق محمد خليل هرا على كتاب الأموال ص٥٠٠ هامش(٢).

(3) سنن الدار قطنى ٩٩/٢

(4) سبل السلام ٢ /٥٣١.

(5) المغنى والشرح الكبير ٥١١/٢- وفى المعجم: البقل: نبات عشبى يتغذى الإنسان به أو بجزء منه مثل وبقل المرعى: أخضر، وبقل وجه الغلام: نبت شعره- المعجم الوجيزص٥٨.

(ب) وأما دليل المأثور :

فما روى عن كثير من الصحابة والسلف الصالح؛ القولبعدم وجوب الزكاة فى الخضروات، وهم لا يقولون ذلك إلا عن توقيف، مع حسن الظن بهم واشتهار تلك المسألة، ومن ذلك ما يلى:-

١- عن عمرو بن شعيب عن أبيه محمد عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، أن عبد الله سئل عن نبات الأرض: البقل والقثاء والخيار؟ فقال: ليس فى البقول زكاة[١] .

٢- عن مجاهد، قال:قال عمر بن الخطاب: ليس فى الخضروات صدقة[٢].

وروى أن سفيان بن عبد الله الثقفى، وكان عاملا لعمر على الطائف، أن رأى حيطانا فيها من الفرسك (الخوخ) والرمان ما هو أكثر من غلة الكروم أضعافا، فكتب يستأمر فى العشر؟ فكتب إليه عمر: أن ليس عليها العشر، وقال: هى من العفاة كلها وليس فيها عشر[٣].

٣- عن أبى إسحاق قال: قال على بن أبى طالب: ليس فى التفاح وما أشبهه صدقة[٤].

٤- عن مجاهد، قال: ليس فى الفواكه والخضر صدقة، وذكر هذا لإبراهيم النخعى فعرفه ولم يعبه[٥].

٥- عن الشعبى، قال: ليس فى غلة الصيف صدقة [٦] .

---

(١) سنن الدار قطنى ٩٨/٢، سبل السلام ٥٣٠/٢.

(٢) الأموال ص ٥٠٠ رقم ١٥٠٧

(٣) قال ابن قدامة رواه الأثرم بإسناده- المغنى والشرح الكبير ٥٥١/٢، وذكره صاحب شرح المنهاج ١٦/٢، شرح منتهى الإدرات٣٨٨/١ .

(٤) الأموال ص ٥٠٠ رقم ١٥٠٨ .

(٥) الأموال ص٥٠٠ رقم ١٥٠٩ .

(٦) الأموال ص٥٠٠ رقم ١٥١٢- وغلة الصيف أى فاكهة الصيف.

٥- عن الشعبى، قال: ليس فى غلة الصيف صدقة [١] .
٦- عن ميمون ابن مهران ، وقد سئل عن الخضر؟ فقال ليس فيها ذكاة حتى تباع، فإذا بيعت فبلغت مائتى درهم فإن فيها خمسة دراهم[٢].
٧- وعن ابن شهاب قال: ماكان من الفواكه والخضر فإنما صدقتها فى أثمان حين تباع صدقه الذهب والورق[٣].

قال أبو عبيد: والزكاة لا تجب فى أثمان الفواكه والخضر حتى يحول عليها الحول، إذ لا يمكن أن يقال غير هذا، إذ كيف تجب الصدقة فى الفرع وهى ساقطة عن الأصل، وإنما الفروع مبينة على الأصول تابعة لها؟ وهل الخضر، إذا كانت لا تجب فيها صدقة بأعيانها، إلا كالعروض والرقيق التى لا صدقة فى شخوصها؟[٤].

(جـ) وأما دليل المعقول :-

فهو أن نتاج الأرض من الفاكهة والخضروات لا يدخر بطبعة، بل يحتاج إلى مونة فى حفظه، فكثيرا ما يتساهل أصحاب أرضه فى بيعه بالرخص خوفا من الفساد أو تحمل عبء الحفظ، خاصة وأن الطلب عليه بطىء مع سرعة فساده، وهذا بخلاف النتاج الذى يدخر بطبعة ويقتات .

المناقشة والترجيح:

المتأمل فى دليل المذهب الأول، مما روى عن الإمام أحمد ومن وافقه، يلحظ أنهم وقفوا عند لفظ الحديث: (الزكاة فى هذه الأصناف الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر)،

---

(١) الأموال ص٥٠٠ رقم ١٥١٢- وغلة الصيف أى فاكهة الصيف.
(٢) الأموال ص٥٠٢ رقم ١٥٢٢.
(٣) الأموال ص٥٠٢ رقم ١٥٢٣.
(٤) الأموال ص ٥٠٢ رقم ١٥٢٤ .

وقالوا: إن غيرها ليسفى معناها فى غلبة الاقتيات وكثرة نفعها، وفى هذا إلغاء لاعتبار الأقوات عندكثير منأهل الأرض كالأرز والذرة والمشمش المجفف وغيره مما يعرفه الناس.

وما ذكره الحديث مقصودا بعينه،وإنما ذكرة الرسولﷺ على سبيل المثال، ليقاس عليه ما يشبهه مما يدخر ويقتات.

والمتأمل فى دليل المذهب الثانى (مذهب ابى حنيفة والهادوى) يلحظ أمرين:-

الأول:أنه لم يأخذبحديث (ليس فى الخضروات صدقة) الذى روى أنس وعائشة ومعاذ مرفوعا، كما روى مرسلا عن موسى بن طلحة، وقد روى من بعض طرقه بسند صحيح حتى قال البيهقى: كل طرقه مراسيل إلا أنه من طرق مختلفة يؤكد بعضا.

وقال أبن حجر:هو حديث مرسل عن موسى بن طلحة عن النبىﷺ، وموسى بن طلحة تابعى عدل يلزم من يقبل المراسيل قبول ما أرسله.

أقول: والحنيفة هم الذين يحتجون بالمراسيل؛ فكان عليهم العمل بهذا الحديث، خاصة وأنه ثبت موقوفا على عمر بن الخطاب وعلى، وله حكم الرفع.

الثانى: أنه استدل بعموم الآية: **﴿ وآتوا حقه يوم حصاده﴾**، والآية لم يرد بها الزكاة لأنها مكية، والزكاة إنما فرضت فى المدينة. وقال مجاهد وأبو جعفر: هذه الآية منسوخة[1].

-وبناء على ماسبق يتضح لنا بجلاء رجحان ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء الذين قالوا بوجوب الزكاة فى كل نتاج الأرض مما يدخر ويقتات، وعدم وجوبها فى الفواكه والخضروات، لقوة حجتهم وضعف أدلة المخالفين بعد مناقشتها.

خاصة وأن الفواكه والخضروات لا يمكن حفظها من غير مؤنة، وإذا باعها صاحبها كانت أو عروضا للتجارة، ويجب فيهما الزكاة بشروطها.

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٢/ ٥٥٣.

حكم زكاة الزيتون:

لا زكاة فى نتــاج الأرض مـن الزيتـون علـى مذهـب مـن قصر وجوب الزكاة فى ألصناف الأربعة المجمع عليها.

وتجب الزكاة فى نتاج الأرض من الزيتـون علـى مذهـب أبى حنيفة والهادوية الذين رأوا وجوب الزكـاة فـى كـل مـا تنبتـه الأرض مما يقصد نماؤه.

أما على مذهب الجمهور؛ الذين رأوا أنه لا زكاة إلا فيمـا يقتات ويدخر من النبات، فقد ثار الخلاف حول تكييف الزيتـون، هل هو ما يقتات فتجب فيــه الزكـاةأم ليـس مقتاتـا فـلا تجـب فيـه الزكاة؟ قولان:

القول الأول:

يرى وجوب الزكاة فى الزيتون إمــا فـى ثمرتـه وإمـا فـى زيتــه،وهـو المشـهور فـى مذهـب مـالك، والقديـم عـن الشــافعى، ورواية عن الإمام أحمد، وهو قول الزهرى والأوزاعى والليثـى والثورى وأبى ثور، وروى عن ابن عباس[1].

وحجتهم من الكتاب والمأثور والمعقول.

(أ) أما دليل الكتاب :

فقولـه تعـالى :[2]﴿ **وأتـوا حقـه يـوم حصـاده**﴾ بعـد قولــه: ﴿**والزيتون والرمان**﴾.

(ب) وأما دليل المأثور :

فما روى عن بعـض السـلف القـول بوجـوب الزكـاة فيـه، وهم لا يقولون ذلك إلا عن توقيف، ومن ذلك المأثور :

١. عن بن شهاب أن عمر بن الخطاب أخذ من الزيتون الصدقـة من كل خمسة أوسق من زنته من عشرة أمداد مديا[3].

---

(١) بداية المجتهد ٢٥٤/١، كفاية الطـالب الربـانى ٢٩١/١، المهـذب ١٥٣/١، المغنـى والشرح الكبير ٥٥٣/٢، الأموال ص٤٩٩ باب الزكاة فى الزيتون .

(٢) سورة الأنعام الآية ١٤١.

(٣) الأموال ص ٤٩٩ رقم ١٥٠٢، المهذب ١٥٣١/١.

وروى ابن أبىشيبة عن رجاء بن أبى سلمة، قال: سألت يزيد بن يزيد بن جابر عن الزيتون؟ فقال: عشره عمر بن الخطاب بالشام[1].

٢- عن ابن عباس، قال: الصدقة فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسلت والزيتون[2].

٣- عن ابن شهاب أنه سئل عن رجل له زيتون؟ وما كان يسقى بالرشا ففيه نصف العشور[3].

(جـ) واما دليل المعقول:

فهو أن الزيتون يمكن ادخار غلته فأشبه التمر والزبيب[4].

القول الثانى :

يرى عدم وجوب الزكاة فى الزيتون ولا فى زيته، وهو قول ابن وهب من المالكية[5]، والمذهب الجديد للشافعى، والراوية الثانية عن الإمام أحمد، وهو قول ابن أبى ليلى، والحسن بن صالح، واختاره أبو عبيد[6].

واحتجوا بأن الزيتون لا يدخريابسا كما أنه ليس بقوت، فلا تجب فيه الزكاة كالخضروات[7].

قال أبو عبيد: لا صدقة فى الزيتون عندى لأنه أشبه بالخضروات لأنه رطب يفسد ويتغير، وهو يشبه السمسم لأنهما جميعا(الزيتون والسمسم) تؤكل ثمرتهما، ويؤتدم بعصيرهما،

---

(١) تحقيق محمد خليل هراس على الأموال ص٤٩٩ هامش (٢).

(٢) الأموال ص ٤٩٩ رقم ١٥٠١- قال الحافظ ابن حجر فى التلخيص: ضعفه النووى وقد أخرجه ابن أبى شيبة وفى إسناده ليث بن أبى سليم- تحقيق محمد خليل هراس على ألأموال- المرجع السابق هامش (١)، والسلت: نوع من الشعير.

(٣) الأموال ص ٤٩٩ رقم ١٥٠٣ .

(٤) المغنى والشرح الكبير ٥٥٣/٢.

(٥) قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح على أصل المذهب لأنه ليس بمقتات- والمشهور خلافه- كفاية الطالب الربانى ٢٩١/١.

(٦) المهذب ١٥٣/١، المغنى والشرح الكبير ٥٥٣/٢، الأموال ص٥٠٣ رقم ١٥٢٥ .

(٧) المهذب، المغنى- المرجعين السابقين.

وقد بعث رسول اللهﷺ معاذا إلى اليمن- وهو ممعدن السمسم - فلم يبلغنا أنه أمرهفى حبه ولا دهنه بشىء، وكذلك الزيت لم يأتنا عنهﷺ أنه أوجب فيه شيئا، وقد كان يعرفه ويستحبه فى طعامه ويأمر بالادهان به فيما يروى عنه، وقد نزل ذكره فى القرأن الكريم، لم يسن فيه رسول اللهﷺ سنة علمناها، ولا ذكره فى شىء من كتب صدقاته حين ذكر الثمار وعشور الأرضين.

ثم قال أبو عبيد: ولم يصح مع هذا عن أحد من الأئمة فى الزيتون شىء .

وأما الحديث الذى ذكرناه عن عمر بن عياش عن ابى إسحاق لا نراه محفوظا، لأن الليث يحدثه عن عقيل عنابن شهاب موقوفا عليه، ولا يرفعة إلى عمر، ولو كان أيضا محفوظا ما كان أيضا يثبت، لأنه مرسل عن ابن شهاب عن عمر .

وأما قول عباس فهو وإن كان أمثل إسنادامن ذلك فإن فيه مقالا[1].

◆ **والراجح:** هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثانى من الشافعية ومن وافقهم القائلون بعدم وجوب الزكاة ى الزيتون ولا فى زيته، لما ذكره أبو عبيد من حجة بالغة. وأيضا فإن الزيتون لا يقتات وإن أمكن ادخاره، وعدم اقتياته يجعله بطىء التصرف، ومعالجته لإخراج زيته فيه مؤونة التصنيع مما يعفيه من الزكاة كالعوامل من بهيمة الأنعام.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

والحمد لله رب العالمين،،،،،

---

(1) الأموال ص٥٠٣، ٥٠٤ رقم ١٥٢٥ - ١٥٢٩ - وحديث الزيت رواه ابن ماجه والحاكم عن ابى هريرة مرفوعا (كلوا الزيت واهنوا به، فإنه مبارك) ورواه الترمذى من حديث عمر وفيه (فإنه من شجرة مباركة) رواه أحمد والترميذى والحاكم عن أبى أسيد- تحقيق محمد خليل هراس على الأموال ص (٥٠٣)هامش [4] .



كلية الشريعة والقانون

مراعاة المجتهد الخلاف

إعداد

أ.د/ حمدي صبحي طه

أستاذ أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله

مراعاة المجتهد الخلاف

مراعاة الخلاف قاعدة مهمة ينبغى ألا يهملها المجتهد. وسوف نتحدث عنها فى فصلين.

الفصل الأول: الاختلاف، نشأته واسبابه

كان الناس قبل الإسلام يعيشون فى ظلمة حالكة، إذ قد عمتهم الجهالة وشاعت بينهم الضلالة، ثم أذن الله - تعالى - لهذا الليل أن يصبح، فكان إسفار صبحه من غار حراء.

وأرسل الله - ﷻ - محمداً - ﷺ - بخاتم شرائعه لا إلى قوم مخصوصين، كما أرسل من قبل إخوانه من المرسلين بل أرسله - ﷺ - إلى كل العالمين، قال تعالى: **"وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين"**[1]، وقال: **﴿ قل يا أيها الناس إنى رسول الله إليكم جميعا ﴾**[2]، كما قال: **﴿ وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيرا ﴾**[3].

فآمن به من هدى الله والتزموا بما جاءهم به يفعلون ما أمر به ويجتنبون ما نهى عنه.

وكان مرجعهم الذى يرجعون إليه لمعرفة الأحكام الشرعية وما عليهم أن يفعلوا وما ينبغى أن يتركوا فى عهد النبى-ﷺ- هو الوحى المتمثل فى كتاب الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه وسنة نبيه-ﷺ- وكتاب الله-ﷻ- قد

---

[1] سورة الأعراف: آيه ١٥٨.

[2] سورة سبأ: آيه ٢٨.

[3] سورة إبراهيم: آيه ٤.

أنزل بلغتهم، ونزل الكثير منه لأسباب عرفوها وقصص ووقائع عاينوها وشاهدوها، ففهموا نصوصه فهما سديداً، وعرفوا منطوقه ومفهومه ودلالاته وإشاراته معرفة صحيحة.

وأحاديث النبى - ﷺ - التى هى معظم سنته كانت أيضاً بلغتهم يعرفون معناها ومنطوقها وفحواها، قال تعالى: "**وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم**".

وأفعاله - ﷺ - وتقريراته التى هى أيضاً جزء من سنته قد عاينوها وشاهدوها، ففهموا المقصد منها والمراد فهما لا لبس فيه ولا اشتباه، ثم إن أفعاله - ﷺ - التشريعية قد تكررت أمامهم فعرفوها وحفظوها، بل ومارسوها ممارسة عملية أمدتها فى أذهانهم ووثقتها وضبطتها.

ولذلك لم يكن هناك مجال للاختلاف فى الأحكام، ولئن حدث شئ من الخلاف بين بعضهم فى أمر ليس فيه نص حال كونهم بعيدين عن النبى - ﷺ - بسبب السفر أو نحوه فسرعان ما ينتهى هذا الاختلاف بسؤالهم النبى لحظة التقائهم به - ﷺ -.

وذلك كما فى قصة الرجلين اللذين خرجا فى سفر فحضرت الصلاة وليس معهما ماء فتيمما وصليا ثم وجدا الماء فى الوقت فتوضأ أحدهما وأعاد الصلاة ولم يعد الثانى فلما أتيا رسول الله - ﷺ - ذكرا ذلك له، فقال للثانى: أصبت السنه وأجزأتك صلاتك، وقال للأول: لك الأجر مرتين[1].

وبهذا بين النبى - ﷺ - المصيب منهما، وفى نفس الوقت قدر العاطفة الإيمانية الصادقة التى دفعت الأول إلى أن يعيد صلاته، فبين أنه مأجور على صلاته الثانية.

فلما انفض عهد النبوة ظهر بعض الاختلاف بين الصحابة -رضي الله عنهم- لكن كثيراً من صور هذا الاختلاف كان خلافاً فى أولى

---

[1] رواه للنسائى ولبو داود - نيل الأوطار ص ٢٦٥.

الأمرين وأكثرهما فضلا ولم يكن اختلافا فى المشروعية وعدمها، وسبب ذلك أن هناك أموراً شرعية لم يفعلها النبى - ﷺ- جهر بها أحياناً وأخفاها أحياناً أخرى فى الصلاة الجهرية بدليل أن من الصحابة من رووا جهره به ومنهم من رووا إخفاء إياها - ﷺ -، ولا كذب فيما رواه هؤلاء ولا فيما رواه أولئك، ومن ثم وقع اختلاف الصحابة من بعده صلى الله عليه وسلم فىالأفضل من الأمرين: الاظهار أم الأسرار.

ومن أمثلة هذا الاختلاف كذلك اختلافهم ﷺ فى تكبيرات العيدين وتشهد ابن عباس وابن مسعود - ﷺ .

ثم جدت مسائل لم يرد فيها نصوص فاجتهد فقهاء الصحابة لمعرفة أحكامها الشرعية فظهر اختلاف من نوع آخر، لكنه فى عهد الشيخين أبى بكر وعمر - ﷺ - كان قليلا للغاية؛ لأن الصحابة - ﷺ - كانوا بالمدينة لم يتفرقوا فى الأمصار فكان كل من أبى بكر وعمر - ﷺ - يجمعهم ويستشيرهم، فإذا اجتمع رأيهم على شئ كان هو الحكم الذى يتم العلم بله والسير على وفقه.

وبعد عهد الشيخين وباتساع الدولة الإسلامية ومضى الزمان ظهرت وقائع أخرى كثيرة ليس فيها نص من كتاب أو سنة ويريد الناس معرفة أحكام الله - تعالى - فيها، فكثر اجتهاد الفقهاء لاستنباط أحكام تلك الوقائع، وكانوا موقنين بتوفيق الله وهدايته، ولم يخالجهم شك فى أن شريعة الله تعالى بها حكم لكل ما يقع ويجد وإن احتاج استنباطه إلى جهد وعمق فكر.

وذلك لأن شريعة الإسلام التى أتى بها محمد - ﷺ - هى الشريعة الخاتمة والعامة، ومن خصائص الشريعة التى هىكذلك أن تكون متجددة لا يعتريها البلى صالحة لكل إنسان فى كل

زمان وأى مكان لا ينالها جمود أو قصور، فيها حل لكل مشكلة وعلاج لكل داء.

ونظراً لعدم وجود نصوص تحكم تلك الوقائع ولكون الحكم عليها معتمداً على النظر والاجتهاد كان اختلاف المجتهدين فيما توصلوا إليه بإجتهادهم من أحكام، فزادت مساحة الاختلاف.

ومن الأسباب التى نشأ الاختلاف عنها أيضا: أن الصحابة - ﷺ - تفرقوا فى الأمصار واستوطنوها، وكان عند بعضهم من الأحاديث والسنن ما ليس عند الآخرين، إذ أنهم- ﷺ - لم يكونوا متساوين فى الاطلاع على سنة رسول الله - ﷺ - بل كانوا متفاوتين فى ذلك، حيث سمع بعضهم مالم يسمعه الآخرون، وسمع الآخرون مالم يسمعه ذلك البعض، ولا أدل على ذلك من أن أبا بكر - ﷺ - وهو من هو يُسال فى خلافته عن ميراث الجده فيقول لها مالك فى كتاب الله شئ، وما علمت لك فى سنة رسول الله شيئاً، ثم يخبره المغيرة ابن شعبه ومحمد بن مسلمة ان لها فى السَّنة السدس اعطاه لها البنى - ﷺ - [1].

وكذلك عمر - ﷺ - فإنه لم يعلم أن النبى - ﷺ - ورَّث المرأة من دية زوجها بعد أن أخبره الضحاك بن سفيان أن النبى ورَّث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها [2].

وأبو بكر وعمر كلاهما لم يعلما بالحديث الصحيح عن النبى - ﷺ - الذى يقول فيه: (أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله غلا الله وأن محمداً رسول الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة فإذا فعلوا ذلك عصموا دماءهم وأموالهم إلا بحق

---

(1) انظر: تذكرة الحفاظ للذهبى ط ص٢، وتيسير التحرير جـ٣ ص ٨٢.

(2) انظر: أصول السرخسى جـ١ ص٢٨٧.

الإسلام وحسابهم على الله)[1]، وإنما الحديث الذى علماه لم يكن فيها: (ويقيموا الصلاة ويؤتو الزكاة) ويدل على ذلك أن أبا بكر - ﷺ - قد استدل على صحة رأيه وضرورة قتالهم بالقياس وأن عمر - ﷺ - اعترض على أبى بكر فى قتاله ما نعى الزكاة، ولو علم كلاهما بما فى هذا الحديث الصحيح من زيادة عما حفظا ما استند أبو بكر إلى القياس وما أعترض عمر عليه.

وعلى بن ابى طالب وعبد الله بن مسعود - ﷺ - ما علما أن النبى - ﷺ - قضى بمهر المثل لمن مات زوجها ولم يفرض لها مهراً حتى أخبر بذلك معقل بن يسار.

ولم يكن المغيرة ومحمد والضحاك ومعقل أكثر ملازمة للنبى - ﷺ - من أبى بكر وعمر وعلى وابن مسعود - ﷺ - اجمعين.

ثم إن من لم يسمع من الصحابة شيئاً من رسول الله - ﷺ - كان لا يقبل مالم يسمعه إلا إذا قامت قرينة واضحة على صدوره من النبى - صلى الله عليه وسلم.

فلما تفرق الصحابة - ﷺ - فى الأمصار واستوطنوها تلقى اهل كل مصر ممن حضرهم من الصحابة ما سمعوه من رسول الله - ﷺ - أو تيقنوا صدوره عنه مما قد لا يوجد عند الآخرين منهم، فكان المزيد من الاختلاف فى فهم النصوص بعد ثبوتها من أقوى الأسباب التى أدت إلى وقوع الإختلاف بين الأئمة والفقهاء.

وذلك لأن الفهم عن الله - عز شأنه - وعن رسوله - ﷺ - قد يعروه اختلاف يرجع إلى الطبيعة الذهنية للمجتهد وقدرات وإمكانات الفهم لديه أو يرجع إلى كون اساليب

---

[1] متفق عليه. نيل الأوطار جـ١ ص ٢٨٧.

النصوص وصورها متسعة الدائرة من ناحية الأداء اللغوى الذى صيغت فيه، إذ قد يكون بعض ألفاظها مشتركا بين معان عديدة أو مجملا لم يتضح المراد منه أو نحو ذلك.

وقد وقع فى عهد النبى - ﷺ - اختلاف فى فهم بعض النصوص، وأقره النبى - ﷺ -، فقد روى أن النبى - ﷺ - لما رجع من غزوة الأحزاب نزل عليه جبريل واستعجله فى الذهاب إلى بنى قريظة، فقال رسول الله - ﷺ - لأصحابه: (لا يصلين أحد العصر إلا فى بنى قريظه، فأدركتهم صلاة العصر فى الطريق، فقال بعضهم: لا نصلى حتى نأتيها - عملا منهم بظاهر النص - وقال بعضهم: بل نصلى، لم يرد رسول الله ذلك من) فلما ذكروا ذلك للنبى- ﷺ - أقرهم جميعاً، ولم يعنف أحداً منهم.

ثم إن المجتهدين فى استنباطهم أحكاماً لما جدَّ من وقائع اعتمدوا على مصادر أخرى بجانب الكتاب والسنة يستنبطون منها تلك الأحكام نظراً لعدم ورود نصوص صريحة فيهما بحكم تلك المسائل.

لكنهم اختلفوا فى حجية بعض هذه المصادر للأدلة التى قامت لدى كل واحد منهم، فبعضهم يعتبر قول الصحابى حجة، وبعضهم يخالفه فى ذلك، وبعضهم يرى عمل أهل المدينة حجة، وبعضهم الآخر لا يرى ذلك، وبعضهم يرى أن الحجة فى رواية الراوى لا فى عمله، وبعضهم الآخر يرى الحجة فى عمله دون روايته، ولا شك أن الاختلاف فى المصادر يبعه اختلاف فى الأحكام.

ثم إن التعارض قد وقع بين بعض الأخبار لأسباب عديدة، منها: إسقاط بعض الرواة شيئاً من الحديث، ومثال هذا: ما رواه قوم عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه سئل عن ليلة الجن فقال: ما

شهدها منا احد، فى حين أنه قد رُوى من طريق آخر أنه رأى قوماً فقال: هؤلاء أشبه من رأيت بالجن ليلة الجن، فالحديث الأول يدل على أنه لم يشهدها، والثانى على أنه شهدها، فكان التعارض، ومنشؤه أن من روى الخبر الأول اسقط منه كلمة (غيرى) التى رواها غيره، إذ أن حقيقة هذا الخبر هى: ما شهدها منا أحد غيرى[1].

ومنها - من أسباب التعارض - :سماع الراوى بعض الحديث وفواته سماع بعضه الآخر، فيحدث بما سمعه فقط، فيتغير المعنى المراد، ويتعارض الحديث مع حديث آخر.

ومثال هذا: ما رواه أبو هريرة - ﷺ - من أن النبى - ﷺ - قال: إن يكن الشؤم ففى ثلاث: (الدار والمرأة والفرس) فإنه يعارض ما روى من أحاديث النهى عن التطير، ومنشؤ التعارض أن النبى - ﷺ - قال كما أخبرت السيدة عائشة - رضى الله عنها - : كان أهل الجاهلية يقولون: إن يكن الشؤم ففى ثلاث: (المرأة والدار والفرس)[2]، فدخل أبو هريرة فسمع آخر الحديث ولم يسمع أوله.

ومنها أنه كان يسن سنة فى شئ فيحفظها من سمعها ويسن فى شئ آخر يخالف هذا الأول فى معنى ويجامعه فى معنى آخر سنة أخرى فيحفظها غير الأول، فإذا روى كل منهما ما حفظ ظهرا كالمتعارضين.

وعند التعارض لابد من مخلص من هذا التعارض كالترجيح، وهو أمر جد دقيق يظهر فيه بجلاء اختلاف العقول وعمق الأنظار، إذ قد يهتدى فيه المجتهد إلى ملحظ لايدركه

---

(1) انظر: صحيح مسلم جـ٢ ص٣٦، ومسند أحمد جـ٢٩٨، ٤٤٩.
(2) انظر: مسند أحمد جـ٥ ص٣٣٥، وسنن ابن ماجة جـ١ ص٦٤٢.

غيره أو يقوى ظنه بشئ لا يقوى به الظن عند الآخرين، فيظهر بينهم الاختلاف.

تلك هى أهم الأسباب التى نشأت عنها الاختلافات الفقهية. وغنى عن البيان أن تلك الإختلافات لم تمس أصول العبادات، فتلك الأصول قد أتت من لدن الله - عز وجل - وبقيت إلى هذا اليوم كما كانت يوم جاءت، هى، ما عن النبى -ﷺ- وصحابته الأولون- ﷺ - ربهم به وهو عن مانعبد الله- تعالى به اليوم، وليس مسموحاً لأى فكر بشرى أن يغير شيئاً منها أو يضفى عليها شيئا بجهده أو يختصر منها شيئا بفكره.

ومن هذا العرض يظهر لنا أن الاختلافات الفقهية ليست آراء شخصية لأصحابها مجردة عن الأصول الشرعية، بل هى بيان لأحكام الكتاب والسنة حسبما فهمها الأئمة بعد أن بذل كل واحد منهم جهده باحثاً فى العلم منزهاً ومخلصاً للحق مجردا، والإثم محطوط عنهم جميعاً أصابوا أو أخطأوا، بل إن للمخطئ منهم أجراً كما أن للمصيب أجرين.

ويضاف إلى هذا أن المجتهدين الذين وقعت بينهم الاختلافات الفقهية كانوا جميعا مؤمنين حق الإيمان واسعى العلم حسنى النية، وسعة العلم تلد رحابه الأفق وحسن النية يلد رحابه الصدر، والايمان الحق يحتم على صاحبه المحافظة الدقيقة على وحدة الأمة وعدم تسرب الشقاق إلى صفوفها ما استطاع إلى ذلك سبيلا. ولذا فإن كلا منهم قد أخذ بما وصل غليه اجتهاده، لكنه مع ذلك يحترم آراء واجتهادات الآخرين فلم ينظر أحد منهم إلى ما قال على أنه الحق وغيره الباطل، ولذا فإن الكل متفق على أن للعامة أن يقلدوا من سألوا من أهل العلم، ومن ثم كانت قاعدة مراعاة المجتهد الخلاف.

الفصل الثانى

مراعاة المجتهد الخلاف

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

الخلاف الذى يستحق المراعاة

ليس كل خلاف فى المسائل الشرعية يعتبر خلافاً، وإنما المعتبر منه هو الأقوال الصادرة عن أدلة معتبرة فى الشريعة قويت أو ضعفت.

أما الأقوال الناشئة من مجرد خفاء بعض الأدلة على المجتهد أو عدم اطلاعه عليها كالقول بحل المتعة وحل ربا الفضل وعدم وجوب الحد بوطء المرتهن الأمة المرهونة وأشباه ذلك من المسائل التي خفيت فيها الأدلة على من خالف فيها فلا يصح اعتبارها خلافاً، لأنها لم تصدر فى الحقيقة عن اجتهاد، وإن وقع من قائلها اجتهاد فهو اجتهاد وقف بصاحبه دون أقصى المبالغة فى البحث عن المنصوص فيها، فتلك الأقوال تشبه فى نسبتها إلى الشرع أقوال غير المجتهدين.

فكما لا تنسب أقوال غير المجتهدين إلى الشرع ولا تعتبر خلافاً لا تنسب تلك الأقوال أيضا إلى الشرع ولا تعتبر خلافاً.

ويدل على ذلك أن السلف الصالح لم يعتدوا بخلاف من خالف فى مسألة المتعة وربا الفضل ووجوب الحد فى وطء المرتهن الأمة المرهونة.

ومعرفة القوال الناشئة عن أدلة معتبرة فى الشرع من الأقوال الناشئة عن خفاء الدليل أو عدم الاطلاع عليه من مهام المجتهدين، فالاعتداد بالقول خلافاً أو طرحه رأساً محتاج

لاجتهاد وموازنته بين ما اعتمد عليه فى اجتهاد وبين ما اعتمد المخالف من القياس أو غيره.

فالمجدتهدون هم الذين يعلمون مانشأ من الأقوال عن دليل معتبر شرعاً وما نشأ منها عن خفاء الدليل أو عدم الاطلاع عليه، وكذلك فإن لغير المجتهدين من المتفقهين ضابطاً تقريبياً يساعدهم فى معرفة ما يعتبر خلافاً من الأقوال وما لا يعتبر، وهو أن القول الذى لم ينفرد به قائله عن عامة الأمة بل قال به مجتهداً فريق خلافاً معتبرا، أما القول الذى تفرد به قائله عن عامة الأمة فلم يقل به أى مجتهد آخر فإنه لايعتبر خلافاً.

أما غير المجتهدين والمتفقهين فلا دخل لهم فى ذلك، إذ إنهم لا تمييز لهم فى هذا المجال.

فليس كل خلاف يراعى، لأن مجرد الخلاف لا يكون شبهة تراعى- بل إن الذى يراعى هو المستند والدليل والمأخذ وقوته.

وعلى هذا فالمجتهد إما أن يقطع بإصابته الحق فى المسألة وإما أن لا يقطع بذلك، وهذا يكون بحسب الأدلة، فإن قطع بإصابته الحق فقد قطع بخطأ من خالفه، فلا يراعى خلافه بل يلزمه أن يمنعه من الفتوى به.

وإن لم يقطع بإصابته الحق بل كان يجوِّز خلاف الرأى الذى غلب على ظنه ونظر فى مستند خصمه ومتمسكه فرأى له موقعاً استحب له أن يراعى قول المخالف على وجهٍ لا يؤدى إلى الإخلال بالقواعد الذى غلب على ظنه ونتج عن اجتهاده.

المبحث الثانى
ثبوت مراعاة الخلاف

استحباب الخروج من الخلاف ليس ثابتاً به وردت تحت عليه، وإنما هو ثابت من جهة أنه ورع واحتياط واستبراء للدين واتقاء للشبهات وجلب للمحبة والتأليف بين القلوب – عن طريق تقريب الخلاف وتقليله ما دام لرأى المخالف مستند ودليل – وكل ذلك مطلوب شرعاً ومستحب، فكل ما اندرج فيه أو أدى إليه كان فعله مطلوباً ومستحباً. فتلك المراعاة من دقيق النظر ومن باب الاحتياط والورع.

وقد جرت على ذلك الأمة من عصر الصحابة – ﷺ – إلى عصر الأئمة المجتهدين ومن بعدهم، فهذا ابن مسعود يخالف عثمان حين أتم الصلاة بمنى لكنه صلى خلفه متماً.

وراعى الإمام مالك الخلاف الذى إشتدت قوته، ومن ذلك قول المالكية:

أ- كل نكاح فاسد اختلف فيه يثبت به الميراث ويفتقر فى فسخه إلى الطلاق وذلك مراعاة لقول من قال بصحة هذا النكاح.

ب- من دخل الصلاة مع الإمام فى الركوع ونسى تكبيرة الإحرام لكنه كبَّر للركوع يستمر فى صلاته مع الإمام مراعاة لقول من قال: (إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام فى تلك الحالة).

وراعى الإمام الشافعى وأصحابه الخلاف فى مسائل شتى منها: قوله: (إذا مرض الإمام صلى قاعداً والناس قيام خلفه ولا افضل له أن يستخلف من يصلى بهم خروجاً من الخلاف.

وكان - ﷺ - يراعى الخلاف المشدد على نفسه دون غيره، ولذا فمع أنه رأى القصر على مرحلتين قال: (فأما أنا فأحب ألا أقصر فى أقل من ثلاثة أيام احتياطياً لنفسى.

وراعى الإمام أحمد الخلاف ومن ذلك أنه كان يرى الوضوء من الرعاف والحجامه فقيل له: (فإن كان الإمام قد خرج منه الدم ولم يتوضأ هل تصلى خلفه؟ فقال: كيف لا أصلى خلف الإمام مالك وسعيد بن المسيب).

وراعى الحنفية الخلاف كذلك، ولذا تجد العلماء يحكون الإجماع على استحباب مراعاة الخلاف، جاء فى صحيح مسلم بشرح النووى قول الإمام النووى: (العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف)[1].

ومما يؤكد هذا إجماعهم من قديم على صحة صلاة الشافعى خلف الحنفى وبالعكس رغم اختلافهم فى مسح الرأس وفى نقض الوضوء بلمس المرأة وغير ذلك.

فمراعاة الخلاف مستحبة لكن مراتب هذا الاستحباب متفاوته بمعنى أن بعضها أقوى من بعض، ومرجح هذا التفاوت قوة دليل المخالف وضعفه وزيادة التعبد والاحتياط.

ومراعاة الخلاف تكون بفعل ما اختلف فى وجوبه وبترك ما اختلف فى تحريمه وكذلك بترك المختلف فى كراهية إذا لم يؤد ترك الأخير إلى المنع من عبادة، وسيأتى تفصيل كل ذلك.

---

[1] جـ٢ ص٢٣.

المبحث الثالث
حقيقة المراعاة وشروطها

هذه المراعاة ليست على إطلاقها بل إن لها شروطاً ثلاثة إن توفرت كانت المراعاة مستحبة وإلا فلا، وتلك الشروط هى:

١-ألا تؤدى المراعاة الى الإخلال بسنة ثابتة، كما فى ندب التسميةِ فى قراءة الفاتحة فى الصلاة عند من لم يقل بوجوبها خروجاً من خلاف من قال بوجوبها.

فإن أدت المراعاة إلى الاخلال بسنة ثابتة لم تستحب، ولذا فقد قال العلماء بسن رفع اليدين فى الصلاة عند التكبير - فى مجال الرفع المعروفة - غير مراعين قول الحنفية بأن هذا الرفع مبطل للصلاة.

وذلك لأن هذا الرفع سنة ثابتة عن النبى - ﷺ - برواية ثلاثة وأربعين صحابياً.

٢-ألا تؤدى مراعاة الخلاف إلى الوقوع فى خلاف آخرٍ كما ترك من يعتقد حل لعب الشطرنج اللعب به خروجا من خلاف من قال بتحريم اللعب به.

٣-ألا تؤدى مراعاة الخلاف إلى الإخلال بالقول الغالب على ظن المجتهد والذى نشأ عن إجتهاده، فمن قال بالإباحة إذا راعى من قال بالحرمة لا يقول بالمنع والحظر ونتج عن اتهاده.

وقد أشار الإمام النووى إلى شرطين من تلك الشروط فى قوله السابق ذكر جزء منه: (العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة أو وقوع فى خلاف آخر).

هذا، ومراعاة الخلاف تكون بفعل ما اختلف فى وجوبه وبترك ما اختلف فى تحريمه ومن أمثلة الأول:

١-ندب التسمية فى قراءة الفاتحة عند من لم يقل بوجوبها خروجاً من خلاف الشافعى القائل بوجوبها.

٢- ندب المضمضة والاستنشاق فى غسل الجنابة عند من لم يقل بوجوبها، وذلك مراعاة لقول الحنفية والحنابلة بوجوبهما فيه.
٣-ندبها - المضمضة والاستنشاق - فى الوضوء عند غير الحنابلة وذلك مراعاة لقول الحنابلة بوجوبها فيه.
٤-استحب الشافعية للقارن أن يأتى بطوافين وسعيين مراعاة لقول الحنفية بوجوب ذلك.
٥-يستحب الدلك فى الطهارة وتعميم الرأس بالمسح فى الوضوء وغسل المنى بالماء عند من لا يوجبون ذلك مراعاة منهم لقول من أوجبه.
٦-يستحب ترتيب الفوائت من الصلوات عند من لا يوجبون ذلك مراعاة منهم لقول من يوجبه.
ومن أمثلة الثانى:
١-ترك من يعتقد حل لعب الشطرنج اللعب به خروجاً من خلاف من قال بتحريم اللعب به.
٢- قول الإمام مالك بكراهة ما رأى إباحة أكله من الحيوانات وحرمه غير وذلك للخروج من الخلاف.
٣-ترك من يطوف بالبيت المحرم المرور على الشاذروان وأن عند من لا يرى ذلك مبطلا للطواف وذلك مراعاة لقول الشافعى بمنع ذلك وأنه يبطل الطواف.
٤-ترك صلاة الأداء خلف القضاء وعكسه عند من لايمنع ذلك مراعاة لقول من منعه.
٥-اختلف العلماء فى استقبال القبلة واستدبارها مع الساتر - عند قضاء الحاجة - فمنهم من أجاز ومنهم من منع، فمن قالوا بالجواز قالوا بكراهه كل من الاستقبال والاستدبار وذلك مراعاة منهم لخلاف من قال بتحريمها.
٦-اختلف العلماء فى مفارقة المأموم الإمام بدون عذر فمنهم من أجازها ومنهم من منعها، ومن أجازوها قالوا بكراهتها مراعاة لقول من منعها.

٧-رأى المالكية الوضوء بالماء المستعمل إذا لم يوجد غيره، ومنع ذلك الحنفية والشافعى فى الجديد والإمام أحمد كما هو ظاهر الرواية عنه، فراعى المالكية هذا الخلاف فقالوا بكراهة الوضوء به.

فمراعاة الخلاف فى المختلف فى وجوبه تكون بفعله لا بتركه، ومراعاة الخلاف فى المختلف فى تحريمه تكون بتركه لا بفعله، فليس ترك ما اختلف فى وجوبه من مراعاة الخلاف، وكذلك فإن فعل ما اختلف فى تحريمه ليس من مراعاة الخلاف.

أما ما اختلف فى كراهته فإن مراعاة الخلاف فيه تكون بتركه إذا لم يؤد الترك إلى المنع من عباده، فإن ادى إلى ذلك لم يراع خلاف من قال بالكراهه، فالإمام الشافعى لا يكره عنده تكرار العمرة فى السنة الواحدة، لكن المالكية قالوا بتلك الكراهة وقال بها ايضاً الحنفية فى اشهر الحج للمقيم بمكة، فلا يستحب عند الشافعية الامتناع عن تكرار العمرة فى السنة الواحدة مراعاة لقول المالكية، كما لايستحب عندهم ايضاً للمقيم بمكة أن يمتنع عن أداء العمرة مراعاة لقول الحنفية، وذلك لما فى هذه المراعاة وتلك من ترك عبادة هى العمرة.

ومن مراعاة الخلاف ايضا أنه إذا وقع ممنوع شرعى فى نظر المجتهد قد خالفه غير من المجتهدين فى منعه كان عليه أن يراعى دليل صحته وإن كان مرجوجاً فى نظره فلا يفرع على البطلان الراجح فى نظره، بل يعول على القول المرجوح فى نظره، وذلك لأن المكلف حيث أوقعه كان لدليل وإن كان مرجوحاً فى مظر المجتهد الذى منع.

ولذلك فإنك تجد من يقول بفساد النكاح بلا ولى يقول باستحقاق المرأة المهر والميراث إذا تزوجت بدون ولى، ويثبت بزواجها هذا حرمه المصاهرة، ويحتاج فى فسخه إلى الطلاق.

وتجد أيضاً أن النكاح المختلف فيه إذا علمنا به بعد الدخول لا نفرق بين الزوجين مراعاة للخلاف وقول من قال بصحته.

وكذلك فمن مراعاة الخلاف: (أن المختلف فى حظر فعله لايجب انكاره على من فعله لأنه وإن كان المصيب واحداً فإن المخطئ غير متعين لنا والإثم مرفوع عنه، قال - ﷺ - : من اجتهد فاصاب فله أجران ومن أجتهد فأخطأ فله أجر).

فما صار غليه إمام وله وجه ما فى الشرع لا يجوز لمن رأى خلافه أن ينكره.

فمراعاة الخلاف تعنى ما سبق ان بيناه ويندرج فيها ما سبق أن ذكرناه.

لكن الأمور الثلاثة التالية لاتندرج فيها وليست مقصودة بها:

١-مراعاة الخلاف لا تعنى أن نعتمد فى القول بجواز الفعل على كونه مختلفاً فيه بين العلماء وأن نعتبر الخلاف فى المسائل من حجج وادلة الإباحية كأن يفتى مفت بمنع فعل فيقال له: لماذا تمنع والمسألة مختلف فيها؟

فيجعل مجرد كونها مختلفاً فيها حجة للقول بالجواز لا لدليل يدل على صحة قول من قال بالجواز، وهذا خطأ، لأن فيه جعل ما ليس حجة فى الشريعة - وهو الخلاف - حجة فيها.

٢- مراعاة الخلاف لاتعنى أن يقول المفتى لمن استفتاه: فى مسألتك قولان فاختر منهما ما شئت فأنت على كل حال عامل بقول عالم، ويعيب على من يقول له: اعرف القول المشهور أو الموافق للدليل أو الراجح عند أهل النظر والذى عليه أكثر المسلمين وافت الناس به، ويقول له: لقد حجرت واسعاً وأوقعت الناس فى الحرج وما فى الدين من حرج لقول الله عز وجل: ﴿ **ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج** ﴾، وأردت بالناس العسر، وقد أراد الله - تعالى - بهم اليسر فقال: ﴿ **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر** ﴾.

فهذا خطأ، وليس مراداً من مراعاة الخلاف التى نتحدث فيها، وذلك لأن التخيير بين القولين ليس قول أحد من العلماء، بل إن منهم من قال بالقول الأول فقط، ومنهم من قال بالقول الثانى فقط، فالتخييز بين القولين غير قوليهما، بل هو قول ثالث

خارج عن القولين، فلا يجوز القول به لمن لم يبلغ درجة الإجتهاد وإن بلغها لم يصح منه القولان فى وقت واحد وواقعة واحدة، لأنه يؤدى إلى التناقض.

جاء في المسودة[1]: (ومن أكتفى بأن يكون فى فتواه أو عمله موافقاً لقول أو وجه فى المسألة من غير نظر فى الترجيح ولا تقيد به فقد جهل وفرق الإجماع) وسئل افمام مالك عن اختلاف أصحاب رسول الله – ﷺ – المراد بها: (أنهم اجتهدوا فاختلفوا فكان اجتهادهم واختلافهم توسعة على من بعدهم من العلماء أن يعملوا عملهم فيجتهدوا ويختلفوا فى استنباط الأحكام كما اختلف الصحابة، فليس المراد بالتوسعة أنه يسع العالم المجتهد أن يأخذ بقول أحدهم دون اجتهاد ورجوع إلى الدليل.

٣-مراعاة الخلاف لا تعنى العمل بجميع الأقوال الواردة فى المسالة؛ لأن هذا لا يكون عملا بقول من خالف بل عملا بما لم يقل به أحد، ؛إذ لم يقل أحد بالجمع بين الأقوال.

ومثل هذا: أن الأذنين قد اختلف فيهما، فقال البعض: إنهما من الوجه فيغسلان معه، وقال بعض آخر: إنهما من الرأس فيمسحان معه، ورأى بعض ثالث أنهما عضوان مستقلان فيفردا بالغسل.

فمراعاة هذا الخلاف لا تكون بغسلهما مع الوجه ومسحهما مع الرأس وافرادهما بالغسل.

---

[1] ص ٤٧٩.

المبحث الرابع
الرد على منكرى المراعاة

استشكل البعض كابن عبد البر والأبيارى استحباب الخروج من الخلاف، أما ابن عبد البر فمع أنه قال: لأصحابنا من رد بعضهم لقول بعض شئ لا يكاد يحصى كثرة، ولو تقصيته لقام منه كتاب كبير اكبر من كتابنا هذا - جامع بيان العلم وفضله - إلا أنه قال: إن الخلاف ليس حجة فى الشريعة وان الواجب عند الاختلاف ان نثبت ما يثبته الدليل ونبطل ما يبطله الدليل.

وقد رأى الشاطبى أن ما قاله ابن عبد البر ظاهر، لأن فى مراعاة الخلاف جمعاً بين متنافيين.

ومن شبه هؤلاء أيضاً أن الاستحباب إنما يكون إذا وجدت سنة ثابته، والأمة إذا اختلفت فى فعل ما على قولين: قول بتحريمه وقول بإباحته، واحتاط المستبرئ لدينه فترك الفعل حذراً من ورطات الحرمه لا يكون فعله ذلك سنه؛ لأن الأئمة بين قائل بالإباحة وقائل بالتحريم أى بين قائل بأنه لا ثواب على فعله ولا عقاب على تركه وقائل بالعقاب على فعله.

فجعل ترك الفعل حذراً من ورطات الحرمة سنة يعنى أن الترك مثاب عليه مع عدم عقاب من لايترك، وهذا لم يقل به أحد فى المسالة، فمن أين صار سنة؟

لكن كل هذا الذى قالوه مجاب عنه:

فما قاله ابن عبد البر مجاب عنه: بأن مراعاة الخلاف لاتعنى جعل الخلاف حجة، كما أنها لا تعنى إثبات ما أبطله الدليل، وذلك لأن ترك المباح الذى رأى البعض تحريمه هو ترك لفعل ثبت بالدليل جواز فعله، وكذلك فعل المباح الذى رأى البعض وجوبه فهو فعل لما ثبت بالدليل جواز فعله، فأين إثبات ما ابطله الدليل؟

ومن هذا تعلم أن ما رآه البعض من أن مراعاة الخلاف جمع بين المتنافيين ليس صوابا.

أما آخر شبههم السابق ذكرها فجوابها ما سبق ذكره من أن مرجع استحباب مراعاة الخلاف ليس ثبوت سنة خاصة فيه، وإنما هو الاستبراء للدين والورع والاحتياط، وكلها مطلوبات شرعية.

فالحق ما عليه اتفق علماء الأمة من استحباب مراعاة الخلاف.

وفى الختام أنبه إلى انه بتلك المراعاة مرت الإختلافات الفقهية مرور الكرام لهم جمعا.

فليت المسلمين اليوم يتنبهون فلا يسمحون للمغرضين والعابثين أن يستغلوا تلك الإختلافات التى لاتعدو أن تكون تفاوتاً للأنظار فى أمور يسيره ليقطعوا ما أمر الله به أن يوصل.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصل اللهم على سيدنا محمد النبى الأمى

وعلى آله وصحبه وسلم

أهـم المراجـع

١- الإشباه والنظائر للسيوطى.

٢- البحر المحيط للزركشى.

٣- القواعد الفقهية للندوى.

٤- القواعد النورانية الفقهية لابن تيميه.

٥- المسودة فى اصول الفقه لآل تيمية.

٦- الموافقات للشاطبى.

٧- جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر.

٨- شرح النووى لصحيح مسلم.

فهرس الموضوعات





كلية الشريعة والقانون

التأويل في اصطلاح الأصوليين وأثره فى استنباط الأحكام الشرعية

إعداد

أ.د./ محمد عبد العاطى محمد على

أستاذ أصول الفقه

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد النبى المصطفى الكريم، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وعمل بشريعته.

وبعـــد ...

فهذا بحث فى التأويل فى اصطلاح الأصوليين وأثره فى استنباط الأحكام الشرعية، وهو من الموضوعات المهمة فى علم أصول الفقه لما له من أثر ظاهر فى تفسير النصوص واستنباط الأحكام، فقد أدى إلى وجود خلاف بين المجتهدين فى مسالك هذا الإستنباط، ثم نتج عنه خلاف آخر فى الفروع الفقهية.

ولذلك أردت أن اختصه ببحث أجمع فيه ما تشتت من مسائله، وأوضح فيه ما خفى من هذه المسائل.

ورتبته على أربعة فصول:

الفصل الأول: مدلول التأويل.

الفصل الثانى: مجال التأويل وشروطه.

الفصل الثالث: أنواع التأويل وآثار الإختلاف فيه.

الفصل الرابع: موقف الظاهرية من التأويل.

والله أسأل أن ينفع به كما نفع بأصوله ومراجعه، إنه نعم المولى ونعم النصير.

أ.د/ محمد عبد العاطى محمد على

الفصل الأول

مدلــول التأويــل

التأويل فى اللغة:

مأخوذ من الأول، وهو الرجوع يقال: آل إليه أولا ومـآلا: رجع، فكأن النص إلى ما يحتمله من المعانى... ويرى بعض العلماء أن التأويل مرادف للتفسير حتى قالوا: أول الكلام تأويلا وتأوله: بمعنى: دبره، وقدره، وفسره[1].

هذا: ومن تتبع آثار السلف الصالح والعلماء الأولين كالإمام الشافعى والطبرى وغيرهما، يجد أنهم كانوا يستعملون التأويل على ضوء معناه اللغوى، فإما تفسير وكشف لمعنى اللفظ، أو حمله على معنى من معانى يحتملها.

ومما يؤيد ذلك: ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى ركوعه وسجوده: سبحانك اللهم وبحمدك، اللهم اغفر لى، يتأول القرآن، تعنى قوله تعالى: ﴿ **فسبح بحمد ربك واستغفره** ﴾ [2].

ومثل ذلك: ما حدث به الزهرى أنه قال: قلت لعروة ما بال عائشة رضى الله عنها تتم فى السفر - يعنى الصلاة - قال: قلت تأولت كما تأول عثمان، أراد بتأويل عثمان، ما روى عنه أنه أتم بمكه فى الحج، وذلك أنه نوى الإقامة بها[3].

وفى الرسالة للإمام الشافعى: أنه سمى الذهاب إلى أحد المعنيين فى اللفظ المحتمل تأولا، ففى دفاعه عن حجية خبر الواحد، والعمل به، أبان أنه يجوز ترك الخبر إذا كان الحديث محتملا معنيين فيتأول العالم، فيذهب إلى أحدهما دون الآخر[4].

---

[1] انظر: لسان العرب جـ١١ ص٣٢ وما بعدها، ومعجم مقاييس اللغة جـ١ ص١٥٩ وما بعدها، والمصباح المنير جـ١ ص٣٩.

[2] انظر: مباحث فى علوم القرآن للقطان ص ٣٢٥.

[3] انظر: النهاية لابن الأثير جـ١ ص٥١ وتفسير النصوص ص٢٥١.

[4] انظر: الرسالة للامام الشافعى ص٤٥٨، ٤٥٩.

وابن جرير الطبرى يقول فى تفسيره: القول فى تأويل قوله تعالى كذا.. واختلف أهل التأويل فى هذه الآيه ويريد بذلك التفسير. وقال مجاهد: إن العلماء يعلمون تأويله (يعنى القرآن)[١].

التأويل فى الإصلاح:

وبعد أن اشتهر علم أصول الفقه، وأصبحت له قواعده المحددة بعد رسالة الإمام الشافعى - ﷺ -، أصبح للتأويل معنى عند الأصوليين، هو أكثر تحديدا من ذى قبل وإن كان بينه وبين المعنى الأول صلة قربى، وميزوا بينه وبين التفسير، على اعتبار أن التفسير: تبيين المراد من الكلام على سبيل القطع، والتأويل: تبيين المراد منه على سبيل الظن[٢].

وتعرض التأويل لتعريفات متعددة أذكر منها ما يلى:

- فعرفه إمام الحرمين فى البرهان: بأنه (رد الظاهر إلى ما إليه مآله فى دعوى المؤول، وإنما يستعمل إذا علق بما يتلقى من الألفاظ منطوقا ومفهوما)[٣].
- وعرفه الغزالى فى المستصفى بقوله: (التأويل: عبارة عن احتمال يعضده دليل، يصير به أغلب على الظن من المعنى الذى يدل عليه الظاهر)[٤].
- أما الآمدى فكعادته أتى بتعريف الإمام الغزالى ولم يصححه ثم قال: (والحق فى ذلك أن يقال: أما التأويل من حيث هو تأويل مع قطع النظر عن الصحة والبطلان: فهو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر مع احتماله له. وأما التأويل المقبول الصحيح فهو: حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتماله بدليل يعضده)[٥].

---

(١) انظر: التبيان فى علوم القرآن للصابونى ص٦٢.

(٢) انظر: التلويح مع التوضيح جـ١ ص١٢٥.

(٣) انظر: البرهان جـ١ ص٥١١.

(٤) انظر: المستصفى جـ١ ص٣٧٨.

(٥) انظر: الإحكام للآمدى جـ٣ ص٤٩.

- وقريب من تعريف الآمدى، جاء تعريف ابن الحاجب فقال: (هو حمل الظاهر على المحتمل المرجوح، وإن أردت الصحيح زدت: بدليل يصيره راجحا)[1].

هذا : ومن نظر إلى التعريفات السابقة، يجد أنها متقاربة فى المعنى، غير أن بعضهم قصد تعريف التأويل الصحيح، فعرفه على وجه يوجد معه الاعتضاد بالدليل كالإمام الغزالى، ولذا: فلا وجه لاعتراض الآمدى عليه بهذا... وبعضهم عرف التأويل من حيث هو تأويل، أى عرف التأويل المطلق، وإذا اراد التأويل الصحيح، كان عليه التقييد باعتضاد الإحتمال بالدليل، ومن هؤلاء الآمدى وابن الحاجب.

وقد اعترض الآمدى على تعريف الغزالى، بأنه قد جعل التأويل نفس الاحتمال الذى حمل عليه اللفظ، وهذا غير مستقيم، لأن التأويل نفس حمل اللفظ عليه، والاحتمال شرط له، إذ لا يصح حمل اللفظ على ما لا يحتمله، والفرق بينمها واضح[2].

ولذا نجد أن ابن قدامه المقدسى - رغم أنه يتبع الغزالى فى كثير من الأحيان إلا أنه - عرف التأويل وتفادى بعض ما أخذ على الغزالى فى تعريفه له فقال: (التأويل: صرف اللفظ عن الاحتمال الظاهر إلى احتمال مرجوح به لإعتضاده بدليل يصير به أغلب على الظن - من المعنى الذى دل عليه الظاهر[3].

فوافق الغزالى فى أن الدليل الذى يصير إله المعنى المرجوح أغلب على الظن من المعنى الذى دل عليه الظاهر، كما وافقه فى كونه عرف التأويل الصحيح، إلا أنه خالف الغزالى فى جعل التأويل نفس الاحتمال، ولذا فأنا اعتبره من أحسن التعريفات للتأويل.

---

[1] انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح العضد جـ٢ ص١٦٨.

[2] انظر: الإحكام للآمدى جـ٣ ص٤٩.

[3] انظر: روضة الناظر وجنة المناظر مع شحر نزهة الخاطر جـ٢ ص٣٠ وما بعدها.

الفصل الثانى
مجال التأويل وشروطه

وسيكون الكلام عنه فى مبحثين:
المبحث الأول: فى مجال التأويل.
المبحث الثانى: فى شروطه.

المبحث الأول
مجال التأويل

من المقرر عند العلماء، أن الأصل عدم التأويل، أى يجب العمل بالمعنى الظاهر من النصوص، ولا يعدل عن هذا الأصل إلى خلافه إلا بدليل.

والنصوص التى يمكن أن يدخلها التأويل قسمان:

الأول: نصوص الأحكام التكليفية: لأن الاحتمالات قائمة، ويستعين المجتهد فى تأويلها باللغة ومفهومات الشريعة، ليتمكن من استنباط الأحكام الشرعية منها. والباعث على هذا التأويل، هو التوفيق بين أحكام الآيات والأحاديث التى يكون فى ظاهرها اختلاف، فيكون التأويل لإعمال النصين، إذ أن من المقررات فى تفسير النصوص: أن إعمال اللفظ أولى من إهماله، فكان من مقتضى تلك القاعدة، أن يؤول أحد النصين، ليمكن إعمال النصين[1].

الثانى: نصوص الإعتقاد، كصفات البارى تعالى وفواتح السور مثل: (الم، حم، ق، ص) الخ.

---

[1] انظر: أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص ١٣٧.

هذا وهناك أنواع كثير من التأويل: منها: حمل الحقيقة على المجاز، وحمل المطلق على المقيد، وحمل العام على الخاص، وحمل المشترك على أحد معنييه أو معانية إلى غير ذلك[(١)].

وقد ذكر الشوكانى فى إرشاد الفحول، أن ما يدخله التأويل قسمان:

أحدهما: أغلب الفروع ولا خلاف فى ذلك.

الثانى: الأصول: كالعقائد وأصول الديانات وصفات البارى عز وجل، وقد اختلفوا فى هذا القسم على ثلاثة مذاهب:

الأول: أنه لا مدخل للتأويل فيها، بل يجرى على ظاهرها، ولا يؤول شئ منها، وهذا قول المشبهة.

الثانى: أن لها تأويلا، ولكنه ولكنا نمسك عنه مع تنزيه اعتقادنا عن التشبيه والتعطيل لقوله تعالى (وما يعلم تأويله إلا الله) قال ابن برهان: وهذا قول السلف.

الثالث: أنها مؤولة: قال ابن برهان: والأول من هذه المذاهب باطل، والآخران منقولان عن الصحابة، ونقل هذا المذهب الثالث عن على وابن مسعود وابن عباس وام سلمه.

ثم نقل الشوكانى عن إمام الحرمين والغزالى والرازى ما يفيد عودتهم الى مذهب السلف فقال: وهؤلاء الثلاثة هم الذين وسعوا دائرة التأويل، وطولوا ذيوله، وقد رجعوا آخرا إلى مذهب السلف... وحكى الزركشى عن ابن دقيق العيد أنه قال: ونقول فى الألفاظ المشكلة أنها صحه وصدق - وعلى ما يقتضيه لسان العرب وتفهمه فى مخاطبتهم، لم ننكر عليه ولم نبدعه، وإن كان تأويله بعيدا، توقفنا عنه واستبعدناه، ورجعنا إلى القاعدة فى الايمان بمعناه مع التنزيه)[(٢)].

---

(١) انظر: المرجع السابق ص١٣٦، ١٣٧.

(٢) انظر: إرشاد الفحول للشوكانى ص ١٥٥.

المبحث الثانى
شروط التأويل

لقد وضع أئمة الشرع شروطا يجب توافرها حتى يعتبر التأويل صحيحا مقبولا، وفيما يلى أهم هذه الشروط.

١-أن يكون اللفظ للتأويل، بأن يكون المعنى الذى أول إليه اللفظ من المعانى التى يحتملها اللفظ نفسه وأن يكون موافقا لوضع اللغة أو عرف الاستعمال، أو عادة صاحب الشرع كما عبر الشوكانى، وكل تأويل خرج عن هذا، فليس بصحيح[1] وهذا يشمل الظاهر والنص عند الحقيقة، والظاهر عند غيرهم، فإن كان اللفظ غير قابل للتأويل كالمفسر والمحكم، كان تأويلا فاسدا فصرف العام عن عمومه، وإرادة بعض أفراده بدليل، هو تأويل صحيح، لأن العام يحتمل الخصوص، وصرف المطلق عن الشيوع وحمله على المقيد بدليل، هو تأويل صحيح، لأن المطلق يحتمل التقييد، وصرف المعنى الحقيقى إلى المجاز بقرينة مقبولة، تأويل صحيح، لأنه صرف اللفظ إلى معنى يحتمله بدليل، ومن ذلك: صرف الشاة الواجب فى سائمة الغنم فى اربعين شاة شاة نظرا إلى غرض الشارع وهو سد حاجة الفقير. ومثل: صرف البيع عن معناه الحقيقى إلى الهبة، لقيام الدليل على أنه تمليك بالمجان، لأنه صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى يحتمله. فهو تأويل صحيح[2].

---

(١) انظر: إرشاد الفحول للشوكانى ص١٥٦، والإحكام للآمدى جـ٣ ص٥٠، وروضة الناظر وجنة المناظر مع شرح نزهة العاطر جـ٢ ص٣٥.

(٢) انظر: تفسير النصوص ص٢٦٨، ٢٦٩، وأصول الفقه الإسلامى للدكتور الزحيلى جـ١ ص٣١٤، ٣١٥.

٢- أن يستند التأويل على دليل صحيح يدل على صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى غيره، وأن يكون هذا الدليل راجحا على ظهور اللفظ فى مدلوله[١] لأن الأصل هو العمل بالظاهر. فالعام مثلا على عمومه هو الظاهر ولا يقصر على بعض أفراده إلا بدليل، والمطلق على إطلاقه هو الظاهر، ولا يعدل عن إطلاقه الشائع إلى تقييده إلا بدليل، وظاهر الأمر الوجوب فيعمل به حتى يقوم الدليل على الندب أو الارشاد أو غيرهما، وظاهر النهى التحريم، فيعمل به حتى يدل الدليل على العدول عنه إلى الكراهة مثلا[٢].

هذا: والدليل الذى يستند إليه التأويل، قد يكون قرينة أو ظاهرا آخرا، أو قياسا راجحا، أو حكمة شرعية[٣].

أ-فإن كان الدليل قرينة، فإما أن تكون متصله بالظاهر، وإما أن تكون منفصله عنه[٤]:

فالقرينة المتصلة:مثل ما روى صالح وحنبل عن الإمام أحمد أنه قال: كلمت الشافعى فى أن الواهب ليس له الرجوع فيما وهب، لقوله عليه السلام: (العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه)[٥] فقال الشافعى – وهو يرى أن له الرجوع – ليس محرم على الكلب أن يعود فى قيئه.

قال أحمد: فقلت له: فقد قال النبى – ﷺ – : (ليس لنا مثل السوء) فسكت – يعنى الشافعى – فالشافعى تمسك بالظاهر، وهو

---

[١] انظر: الأحكام للآمدى جـ٣ ص٥٠. وإرشاد الفحول ص١٥٦، وروضة الناظر مع نزهة الخاطر جـ٢ ص٣٥.
[٢] انظر: أصول الفقه الإسلامى للدكتور الزحيلى جـ١ ص٣١٥.
[٣] انظر: روضة الناظر جـ٢ ص٣٣ وما بعدها.
[٤] انظر: نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر جـ٢ ص٣٣ وما بعدها.
[٥] اخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما. انظر: نصب الراية للزيلعى جـ٤ ص١٢٦.

أن الكلب لما لم يحرم عليه الرجوع فى قيئه، فالظاهر أن الواهب إذا رجع مثله فى عدم التحريم، لأن الظاهر من التشبيه استواء المشبه والمشبه به من كل وجه مع احتمال ان يفترقا من بعض الوجوه احتمالا قويا جدا.

فضعف حينئذ جانب أحمد فى الاستدلال جدا، لأنه لم يبق معه إلا احتمال ضعيف جدا، فقواه بالقرينه المذكورة، وهى قوله - ﷺ - فى صدر الحديث المذكور (ليس لنا مثل السوء العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه) وهو دليل قوى، وجعل ذلك مقدما على المثل المذكور وهو دليل الاهتمام به.

فأفاد ذلك لغة وعرفا أن الرجوع فى الهبة مثل سوء، وقد نفاه صاحب الشرع، وما نفاه صاحب الشرع يحرم فى الهبة مثل سوء، وقد نفاه صاحب الشرع، وما نفاه صاحب الشرع يحرم إثباته، فلزم من ذلك، أن جواز الرجوع فى الهبة يحرم إثباته، فلزم من ذلك: أن جواز الرجوع فى الهبة يحرم إثباته، فيجب نفيه وهو المطلوب[1].

ومثاله القرينة المنفصلة: ما ذكره الفقهاء فيمن جاء من أهل الجهاد بمشرك، فادعى أنه أمنه، وأنكره المسلم فادعى أسره، ففيه أقوال: ثالثها: أن القول قول من ظاهر الحال صدقه، فلو كان الكافر أظهر قوة وبطشا وشهامة من المسلم، جعل ذلك قرينة فى تقديم قوله، مع أن قول المسلم لإسلامه وعدالته أرجح وقول الكافر مرجوح، لكن القرينة المنفصلة حتى صار أقوى من قول المسلم الراجح[2].

---

(1) انظر: نزهة الخاطر العاطر جـ١ ص٣٣، ٣٤.
(2) انظر: المرجع السابق جـ١ ص٣٤.

ب-وقد يكون دليل التأويل ظاهرا آخر، ومثاله قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم الميتة﴾ فهو ظاهر فيتحريم جلدها، دبغ أو لم يدبغ، لأن اللفظ عام يتناول جميع أجزائها، غير أن في الآيه احتمال أن يكون الجلد غير مراد بالعموم، من جهة أن إضافة التحريم إلى الميتة يقتضى عرفا تحريم الأكل، والجلد غير مأكول، فلا يتناوله عموم التحريم. وقد قوى هذا الإحتمال بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله -ﷺ- قال: (أيما إهاب دبغ فقد طهر)[١]. فالحديث ظاهر عام يتناول بعمومه إهاب الميتة. وهناك حديث آخر جعلنا نحكم بسلامة التأويل، وهو قول الرسول -ﷺ- فى شاة ميمونة:(الا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به، فقالوا: إنها ميتة قال: إنما حرم من الميتة أكلها) فهذا نص فى طهارة جلد الميتة[٢].

جـ-وقد يكون قياسا راجحا، ومثاله: الأطعام فى كفارة القتل، فالله تعالى لم يذكر الإطعام فى كفارة القتل الخطأ، وترك ذلك ظاهر فى عدم وجوبه، إذ لو وجب لذكره كما ذكر التحرير والصيام، وعلىمذهب من يرى القياس فى مثل هذا الباب، يمكن إثبات الاطعام فى كفارة القتل بالقياس على إثباته فى كفارة الظهار والصيام لأن الكفارات حقوق الله تعالى، وحكم الامتثال واحد، فثبوت الإطعام فى تلك الكفارات تنبيه على ثبوته فى كفارة القتل[٣].

---

[١] أخرجه أحمد ومسلم والترمذى وابن ماجه.

[٢] رواه أصحاب الكتب الستى واحمد بالفاظ مختلفة: نيل الأوطار للشوكانى جـ١ ص٧٢ وما بعدها. وانظر فى هذه أيضا: نزهة الخاطر لبدران على روضة الناظر جـ٢ ص٣٤، ٣٥.

[٣] انظر: المرجع السابق.

د- وقد يكون دليل التأويل حكمة شرعية، كتأويل الحنفية في شأن الزكاة بعض الذوات بقيمتها، ففي قوله - ﷺ -: (في سائمة الغنم في كل أربعين شاة شاة)[1] صرفوا نص الحديث عن ظاهرة الدال على أن الذي يجزئ عن الأربعين شاة: شاة بعينها إلى قيمة الشاة المالية، فليس الضروري عندهم عين الشاة، بل يمكن أن تجزئ القيمة، ذلك أن حكمة التشريع نفع الفقير، ونفع الفقير بالشاة يتحقق بقيمتها ، بل قد يكون من الأنفع للفقير أن يعطى القيمة[2].

٣- **والشرط الثالث**: أن يكون الناظر في النص المتأول له أهلا للتأويل[3] بأن يكون من المجتهدين أصحاب الملكات الفقهية الذين لهم حق استنباط الأحكام من النصوص، فإن لم يكن من هؤلاء، رد ذلك التأويل، لصدوره ممن ليس أهلا له[4].

٤- أن يكون ثمة موجب للتأويل، بأن يكون ظاهر النص مخالفاً لقاعدة مقررة معلومة من الدين بالضرورة، أو مخالفا لنص أقوى منه سندا، أو يكون النص مخالفا لما هو أقوى منه دلالة، كأن يكون اللفظ ظاهرا في الموضوع، مفسر، ففي كل هذه الصور يؤول[5].

---

[1] هذا الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد في مسنده وأبو داود والترمزي والنسائي وابن ماجه والحاكم في المستدرك والبهيقي في سننه عن أنس عن أبي بكر رضي الله عنه بألفاظ مختلفة. انظر: صحيح البخاري لابن حجر جـ٣ ص٢٠٦ وسنن النسائي جـ٢ ص١٩ والسنن الكبرى للبيهقي ص١٠٠ ومنتقى الأخيار مع نيل الأوطار جـ٤ ص١٣٤ وما بعدها.

[2] انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص٢٤، ٢٥ وتفسر النصوص ص٢٧٤،٢٧٥.

[3] انظر: الإحكطام للآمدي جـ٣ ص٥٠.

[4] انظر: أصول الفقه الإسلامي للدكتور مصطفى شلبي جـ١ ص٤٧٠، ٤٧١.

[5] انظر: أصول الفقه الإسلامي للشيخ أبو زهرة ص١٣٦.

الفصل الثالث
أنواع التأويل وأثر الإختلاف فيه

يتبين من الشروط السابقة، متى يكون التأويل مقبولا ومتى يكون غير مقبول، والتأويل الصحيح ينقسم إلى نوعين: الأول: تأويل قريب. الثاني: تأويل بعيد[1].

أولا: التأويل القريب:

وهو الذى يكفى فى إثباته أدنى دليل، مثل تأويل القيام إلى الصلاة بالعزم عليها فى قوله سبحانه: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغتسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق..** ﴾ الآية[2] فالقيام إلى الصلاة مصروف عن معناه الظاهر فى هذه الآية، إلى المعنى أوردناه وهو العزم على أداء الصلاة وإرادة الدخول فيها وهو معنى قريب منه محتمل لقيام الدليل على ذلك، وهو أن الشارع الحكيم لا يطلب الوضوء من المكلفين بعد الشروع فى الصلاة؛ لأن الوضوء شرط فى صحتها، والشرط يوجد قبل المشروط لابعده[3].

ومثل ما رواه البيهقى عن الشافعى فى قوله تعالى: ﴿ **ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها** ﴾[4] أنه قال: إلا وجهها وكفيها، فتأول الشافعى (ما ظهر منها) بالوجه والكفين ورجح

---

[1] انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للعضد جـ٢ ص١٦٩ وحاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع جـ٢ ص٨٨ وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٤٦١، ٤٦٢ وروضة الناظر وجنة المناظر مع شرح نزهة الخاطر جـ٢ ص٣٢، ٣٣ وإرشاد الفحول للشوكانى ص ١٥٦، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص٢٢.

[2] سورة المائدة: آيه ٦.

[3] انظر: المراجع السابقة.

[4] سورة النور آيه ٣١.

تأويله بحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى - ﷺ - قال لأسماء بنت أبى بكر: (يا اسماء، إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا، وأشار إلى كفه ووجهه)[1].

ثانيا: التأويل البعيد:

وهو الذى لا يكفى فى إثباته أدنى دليل، ويحتاج إلى المرجح القوى لجعله راجحا على المعنى الظاهر من الكلام، وله أمثلة متعددة، نذكر منها ما يلى:-

١- قوله - ﷺ - لغيلان الثقفى وقد أسلم على عشر نسوة (اختر) وفى لفظ (أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن)[2].

فالذى يدل عليه ظاهر الحديث أن الرجل إذا أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، له أن يختار أربعا منهن كما يشاء ويفارق الباقيات. وإلى هذا الرأى ذهب الشافعى ومالك وأحمد وبعض علماء الحنفية كمحمد بن الحسن كما جاء فى حاشية العطار[3].

لكن جمهور الحنفية أولوا حديث الرسول - ﷺ - (أمسك أربعا وفارق سائرهن) على ابتداء النكاح أو استبقاء الأوائل، بمعنى أنه إن كان تزوجهن بعقد واحد، فعليه أن يبتدئ نكاح أربع منهن، ويفارق سائرهن أى لا يبتدئ العقد عليهن... وإن كان تزوجهن بعقود أى متفرقات، استبقى الأربع الأوائل، وفارق سائرهن أى الأواخر.

وعضدوا تأويلهم هذا بالقياس فقالوا: إن بعض النسوة ليس بأولى بالإمساك من بعض، إذ هو ترجيح بلا مرجح[4].

---

[1] انظر: السنن الكبرى للبيهقى جـ٧ ص٨٤ وتفسير النصوص ص ٢٧٦.

[2] الحديث أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجة والدارقطنى والبهقى والحاكم، انظر: ٢٦٩ وسنن البيهقى جـ٧ ص١٨١، والمستدرك جـ٢ ص١٩٣.

[3] انظر: المهذب للشيرازى جـ٢ ص٥٢، وبداية المجتهد جـ٢ ص٤٩، والمغنى لابن قدامه جـ٦ ص٦٢٠، ٦٢١.

[4] انظر: الإحكام للآمدى جـ٣ ص ٥١ ومختصر المنتهى لابن الحاجب وشرحه للعضد

لكن تأويلهم هذا فى غاية البعد، باعتبار أن الحديث فيه قرائن عضدت الظاهر وجعلته أقوى من الاحتمال:

أحدها: أنه لم يسبق إلى افهام الصحابة إلا الاستدامه دون ابتداء النكاح، فإنهم لو فهموه، لكان السابق إلى فهمنا[1].

الثانى: أن النبى - ﷺ - فوض الإمساك والفراق إلى غيلان الثقفى، مستقلا به، حيث قال: (أمسك وفارق) ولو كان المراد به ابتداء النكاح، لما استقل به بالاتفاق، إذ لابد من رضى الزوجة، فكان يجب أن يقول (أمسك أربعا منهن إن رضين).

الثالث: أنه لو أراد ابتداء النكاح، لذكر شرائطه لأن تلك بيان فى وقت الحاجة إليه، فلا يجوز تأخيره عن وقتها، خصوصا لمن هو حديث العهد بالاسلام، فهو أحوج إلى البيان.

الرابع: أنه لم ينقل عن غيلان ولا عن غيره ممن اسلم على أكثر من أربع، أنه جدد عقد النكاح، مع كثرة الكفار الذين أسلموا، ووجود الرسول - ﷺ - بين ظهرانيهم.

الخامس:أن الأمر للوجوب، وكيف يجب عليه ابتداؤه، ولس بواجب فى الأصل !![2].

وأما ما قاله الحنفية: من أنه ليس بعض النسوة أولى بالامساك من بعض، فمردود بأن الأولى به منهن من اختاره الزوج، واختياره هو المرجح.

---

[1] يقول ابن بدران فى نزهة الخاطر على روضة الناظر حول هذه النقطة: (يعنى أن السابق إلى فهمنا وفهم الصحابة - ﷺ - من الامساك، الاستدامه لابتداء النكاح، ومن المفارقة التسريح لاترك النكاح، فيكون هذا مدلول اللفظ ومقتضاه والدليل على أن السابق إلى فهمنا من الحديث ذلك الوجدان منا، والتأويل من الحنفية، إذ لو لم يكن ظاهرا فيما قلناه لما احتاجوا إلى تأويله، وإذا ثبت أن السابق إلى فهمنا من الحديث ذلك الوجدان، ثبت أنه السابق إلى فهم الصحابة، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وثبت عدم التغيير فى الألفاظ والموضوعات، انظر: المرجع السابق جـ٢ ص٣٧.

[2] انظر: المراجع السابقة قريبا.

وبهذا تبين أن المراد من الحديث ما فهمه الجمهور من أن الامساك الاستدامه، والمفارق التسريح[1].

٢- ومن التأويلات البعيدة للحنفية، بل اعتبرها أبعد من التأويل السابق، تأويلهم قوله - ﷺ - لفيروز الديلمى وقد أسلم على أختين: (اختر أيتهما شئت)[2] على أحد الأمرين، يعنى على ابتداء نكاح إحداهما إن كان قد تزوجها فى عقد واحد... أو إمساك الأولى منهما إن كان قد تزوجها مفترقين.

وإنما كان هذا التأويل ابعد من الذى قبله، لأن النافى للتأويل المذكور فى الأول، هو الأمر الخارج عن اللفظ، وهو شهادة الحال، وهنا انضم إلى شهادة الحال مانع لفظا، وهو قوله - ﷺ -: (أيتهما شئت، فإن بتقدير نكاحهما على الترتيب ، تعيين الأولى للاختيار، ولفظ (أيتهما شئت) يأباه[3].

٣- قوله تعالى: **﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يتسطع فإطعام ستين مسكينا.. ﴾** [4].

---

(1) انظر: المراجع السابقة وعلى وجه الخصوص: نزهة الخاطر العاطر لابن بدران شرح روضة الناظر جـ٢ ص٣٨.

(2) أخرجه بهذا اللفظ الترمذى من حيث فيروز الديلمى - ﷺ -، ولخرجه أبو داود وابن ماجة والدارقطنى والبيهقى عن فيروز الديلمى أيضا بلفظ: (طلق أيتهما شئت) وفى رواية أخرى للدارقطنى والبيهقى عن فيروز الديلمى قال: (اسلمت وتحتى أختان فسألت النبى - ﷺ - فأمرنى أن أمسك أيتهما شئت وأفارق الأخرى).

أنظر: عارضة الأحوذى جـ٥ ص٦٣، وبذل المجهود جـ١٠ ص٣٨٤، وسنن ابن ماجه جـ١ ص٦٢٧ وسنن الدارقطنى جـ٣ ص٢٧٣، وسنن البيهقى جـ٧ ص١٨٤.

(3) انظر: الإحكام للآمدى جـ٣ ص٥٢ وشرح الكوكب المنير لابن الفتوحى جـ٣ ص ٤٦٣، ٤٦٤ والمراجع السابقة.

(4) سورة المجادلة: آيه ٣،٤.

فالذى يدل عليه ظاهر الآيه: أن الواجب على المظاهر إطعام ستين مسكينا كما أمر الله، إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام، ولا يجزئه أقل من ذلك، وإلى هذا ذهب مالك والشافعى واحمد فى الراجح عنه وهو رأى الكمال ابن الهمام من الحنفية[1].

لكن الحنفية أولوا قوله تعالى: (فإطعام ستين مسكينا) على إطعام طعام ستين مسكينا، فقدروا لفظ (طعام) قبل (ستين).

وعلى هذا التأويل: لو ردها المخرج على مسكين واحد ستين يوما أجزأته، كما لو أخرجها لستين مسكينا. قالوا: لأن المقصود فى الكفارة المالية دفع الحاجة، ودفع حاجة ستين مسكينا، كدفع حاجة مسكين واحد فى ستين يوما[2].

وهذا تأويل بعيد، ووجه البعد: أنهم جعلوا المعدوم وهو (طعام) مذكورا مفعولا به، والمذكور وهو قوله: (ستين) معدوما: لم يجعلوه مفعولا به مع ظهور قصد العدد، لفضل الجماعة وبركتهم وتضافرهم على الدعاء للمحسن، وهذا لا يوجد فى الواحد.

وأيضا: حمله على ذلك، تعطيل للنص، ولهذه الحكمة شرعت الجماعة فى الصلاة وغيرها.

وأيضا: لا يجوز استنباط معنى من النص يعود عليه بالإبطال. والقول بإجزاء إطعام هذا العدد من المساكين لواحد منهم، استنباط يعود على ظاهر النص بالإبطال، لأن النص إطعام ستين مسكينا[3].

---

[1] انظر: المغنى لابن قدامه جـ٢ ص٣٦٩، وبلوغ المرام لابن حجر مع سبل السلام للصنعانى جـ٣ ص٨٩، ومعالم السنن للخطابى جـ٣ ص ٣٥٢، وإحكام الإحكام لابن دقيق العيد جـ٢ص٣، وفتح القدير مع الهداية جـ٣ ص٢٤٣.

[2] انظر: الإحكام للآمدى جـ٣ ص٥٣، ومختصر ابن الحاجب مع شرح العضد جـ٢ ص١٦٩، ١٧٠، وفواتح الرحموت جـ٢ ص٢٤، ٢٥، وتيسير التحرير جـ١ ص١٤٦، وبشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٤٦٤، ٤٦٥، وفتح القدير جـ٣ ص٢٤٣.

[3] انظر: المراجع السابقة.

وبناء على ذلك: يكون الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور ووافقهم فيها الكمال بن الهمام من الحنفية في اعتبار العدد في الآيه، لا اعتبار أن عدد الأيام يقوم مقام أعداد المساكين كما ذهب الحنفية، لأن الله أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام، وعلى هذا: يكون الامتثال في هذه الكفارة بإطعام العدد الذى أمرنا الله به.

٤- ومن أمثلة أيضا تأويل الحنفية ما في رواية ابى دواد[١] والترمذى[٢] من حديث ابن عمر - ﷺ - في الغنم: (في كل أربعين شاة شاة) على قيمة الشاة، فتجب الشاة أو قيمتها، وليس خصوص الشاة، مستندين فيه إلى أن الغرض من إيجاب الشاة زكاة للأربعين، سد حاجة الفقراء، سد حاجتهم من إعطائهم نفس الشاة[٣].

أما الشافعية: فيرون وجوب دفع المنصوص عليها وهي الشاة، ولا يجيزون دفع قيمتها، أخذا بظاهر الحديث، ولذا: فلا يخرج المكلف عن العهدة إلا بدفع الشاة عينا[٤].

وقالوا في تأويل الحنفية: إنه تأويل بعيد، بل هو أبعد من سابقة، ذلك لأنه يؤدى إلى بطلان الأصل، حيث إن الشاة إذا وجب قيمتها، لم تجب الشاة مع أنها تجب اتفاقا، هذا الاستنباط على النص بالإبطال وذلك غير جائز[٥].

ورد: بأن الحنفية لم يبطلوا إخراج الشاة، بل قالوا بالتخيير بين الشاة وقيمة الشاة، وهو استنباط يعود بالتعميم، كما

---

[١] انظر: بذلك المجهود جـ٨ ص٥٣.

[٢] انظر: عارضة الأحوذى جـ٣ ص١٠٨.

[٣] انظر: الهداية مع فتح القدير جـ١ ص٥٠٧، وما بعدها، ومسلم الثبوت مع فواتح الرحموت جـ٢ ص٢٢، وتيسير التحرير جـ١ ص١٤٦، والإحكام للآمدى جـ٣ ص٥٢ وشرح العضد جـ٢ ص١٦٩، ١٧٠، وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٤٦٥، ٤٦٦.

[٤] انظر: المهذب للشيرازى جـ١ ص١٤٤، والمنهاج للنووى مع شرحه مغنى المحتاج للخطيب جـ١ ص٣٦٩ وما بعدها.

[٥] انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح العضد جـ٢ ص١٦٩، ١٧٠ وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٤٦٥.

في قوله - ﷺ -:(لا يقضي القاضي وهو غضبان)[1] فهو يعم كل ما يشوش الفكر، ولا يعود بالإبطال.

وأجيب عن ذلك: بأن الشارع لعله راعى أن يأخذ الفقير من جنس مال الغني، فيتشاركان في الجنس فتبطل القيمة، فعاد بالبطلان من هذه الجهة.

وأضافوا: أنه كان التقدير (قيمة شاة) يكون قولهم باجزاء الشاة لس بالنص ، بل بالقياس فيترك المنصوص ظاهرا، ويخرج، ثم يدخل بالقياس، فهذا عائد بإبطال النص لا محالة.

ووجه كونه أبعد مما قبله، لأنه يلزم أن لا تجنب الشاة كما تقدم، وكل فرع استنبط من أصل يبطل ببطلانه[2].

الرأي الراجح:

لكن النظر الصحيح يقضي بترجيح مذهب الحنفية، وإذا كنت لم أوافق الحنفية في تأويلهم لمسألة الإطعام السابقة، حيث لم يقم عليه دليل يقوى العدول عن الظاهر إليه، فإنني لم أوافق الشافعية في حكمهم على التأويل في هذه المسألة، بأنه بعيد، أو بأنه في غاية البعد، ذلك: لأن الحنفية قد استندوا في هذا التأويل الى معنى ونص:

أما المعنى: فلأن حكمة تشريع الزكاة، إيصال الرزق إلى الفقراء الذي وعدهم الله به، والرزق متعدد من طعام وشراب وكسوة، فقد وعدهم الله اصنافا من الرزق، وأمر من عنده من ماله صنف واحد، أن يؤدي موعود الله، فكان إذنا بإعطاء القيم ضرورة ، وحينئذ لم تبطل الشاة، وإنما بطل تعينها،

---

[1] أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وبن ماجة والدارقطني والبيهقي وغيرهم عن أبي بكرة مرفوعا. انظر: صحيح البخاري جـ٩ ص٢٠٦، وسنن النسائي جـ٨ ص٢٠٩، وسنن البيهقي جـ١٠ ص ١٠٥.

[2] انظر: شرح الكوكب المنير جـ٣ ص٤٦٥، ٤٦٦.

ومعنى ذلك: بطلان عدم أجزاء غيرها، وصارت محلا للدفع هى وقيمتها، فالتعديل وسع المحل للحكم، ولم يبطل المنصوص عليه وليس التعليل إلا لتوسعة المحل[1].

وأما النص: فما روى أن معاذا - ﷺ - قال لأهل اليمن: آتونى بخميس أو لبيس مكان الذرة أو الشعير أهون عليكم وخير لأصحاب رسول الله - ﷺ - بالمدينة[2] وهذا يدل على جواز أخذ قيمة الزكاة، فإن معاذا لم يأخذ عين الواجب فى الزكاة وهى الذرة والشعير، وأخذ الثياب بدلا عنها، لأن الثياب ببلاد اليمن، كانت كثيرة، فيكون دفعها أسهل عليهم وأوفر مصحلة لأصحاب النبى - ﷺ - بالمدينة، فظهر أن ذكر الشاة، كان لتقدير المالية، ولأنه أخف على ارباب المواشى، لا لتعين الشاة[3].

وأيضا روى البخارى من حديث ثمامة (أن أنسا - ﷺ - حدثه أن أبا بكر - ﷺ -، كتب له فريضة الصدقة التى أمر الله رسول - ﷺ -: من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعه - وليست عنده جذعة وعنده حقه - فإنها تقبل منه الحقة، ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له أو عشرين درهما، ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة، فإنها تقبل منه الجذعة، ويعطيه المصدق عشرين درهما، أو شاتين[4] الحديث فظهرمن هذا: أن ذكر الشاة، لتعيين مالية الواجب وإعلامه، لا أن الواجب صورة الشاة[5].

---

(1) انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص٢٣ فتح القدير جـ١ ص١٠٩، واصول الخضرى ص١٣١.

(2) رواه البخارى معلقا وتعليقاته صحيحة، وقد وصله يحيى بن آدم القرشى فى كتاب الخراج، وانظر: التقرير والتحبير شرح التحرير جـ١ ص١٥٧. وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص٢٢، ٢٣. والخميس: ثوب طوله خمسة أذرع، واللبيس: ما يلبس من الثياب.

(3) انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص٢٣ وأصول الخضرى ص١٣١.

(4) انظر: صحيح البخارى جـ٢ ص١١٧.

(5) انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ٢ ص٢٣.

٥- ومن الأمثلة أيضا: ما روى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله - ﷺ - قال: (زكاة الجنين زكاة أمه)[١].

فقد أول أبو حنيفة هذا الحديث: وحمله على التشبيه، فقال: إن المراد منه أن الجنين إذا خرج حيا فذكاته كزكاة أمه، فكما تم تزكية أمه بذبحها، يجب أن يزكى بذبحه، ولهذا كان الحكم عنده أن الأم إذا ذبحت وخرج الجنين من بطنها حيا، فلا يحل إلا بزكاة مستقلة كزكاة أمه، وإن خرج ميتا، فلا يحل اصلا، ولا تكون زكاة أمه زكاة له[٢].

لكن الشافعية اعتبروا هذا التأويل بعيدا، ولا يصح العمل به، وذهبوا إلى أن المراد من الحديث هو بيان حل الجنين الذى يخرج من بطن أمه المزكاة ميتا. وإلى هذا الرأى ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية[٣].

وقد استند الشافعية فى عدم صحة تأويل أبى حنفية على الأدلة الآتية:

١- أن أبا حنيفة حمل الحديث على التشبيه، فزادوا فيه كلمة هى (الكاف) أو (مثل) فيكون الحديث هكذا: (زكاة الجنبين كزكاة أمه) أو (زكاة الجنبين مثل زكاة أمه) دون دليل يدل على وجود هذا اللفظ المقدر.

---

(١) الحدث أخرجه أحمد والترمذى وابن ماجة عن أبى سعيد الخدرى - ﷺ -، وفى رواية لأحمد وأبى داود: (قلنا: يا رسول الله: ننحر الناقة فنجد فى بطنها الجنين، أنقليه أم نأكله؟ قال: كلوه إن شئتم فإن زكاته زكاة أمه) انظر: مسند الإمام أحمد جـ٣ ص٣١، ٣٩، ٤٥، ٥٣.

(٢) انظر: حاشية العطار على المحلى على جمع الجوامع جـ٢ ص٩٠، ٩١، وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٤٦٩، ٤٧٠.

(٣) انظر: المنهاج للنوى مع شرحه نفى المحتاج للشربينى الخطيب جـ٤ ص٣٠٧، وبدائع الصنائع للكاسانى جـ٥ ص٤٢.

٢- ما جاء في بعض طرق هذا الحديث، والذي أوردنا سابقا (يا رسول الله إننا ننحر الإبل.. فنجد في بطنها الجنين أفنلقيه أونأكله..) الخ، فإن الظاهر منه أن سؤالهم إنما هو عن الجنين الميت، لأنه هو الذي تزكيته حتى يحل، فلا يكون محلا للسؤال عنه.

٣- أن بعض روايات الحديث جاءت بلفظ (زكاة الجنين بزكاة أمه)[١] وهو بهذا اللفظ مفسر لا يحتمل التأويل، فيجب أن يجعل أصلا في العمل، ويحمل الحديث الأول عليه، فيكون المراد منهما معنى واحد وهو أن زكاة أم الجنين زكاة لهن فيحل أكله تبعا لأمه، ولو خرج من بطنها ميتا[٢].

وبهذه الأوجه: يتبين عدم قبول تأويل أبي حنيفة لهذا الحديث، حيث إن تأويله لم يظفر بصرف الظاهر من الحديث إليه. فكان تأويلا بعيدا، ويكون الراجح هو ما ذهب إليه جمهور العلماء، من أن زكاة أم الجنين زكاة له، وتكفي عن تزكيته، فيحل أكله ولا يحتاج إلى ذبح جديد.

---

[١] ذكر الحديث الشوكاني في نيل الأوطار جـ٨ ص١٥١ فذكر أن الحديث روى بلفظ (بزكاة أمه) والباء للسببية، فيكون المعنى أن الجنين حكم عليه بالحل تزكية بزكاة أمه.

[٢] انظر: حاشية العطار على المحلى على متن جمع الجوامع جـ٢ ص٩٠، ٩١ وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٤٦٩، ٤٧٠، ونيل الأوطار ص١٥٠، ومعالم السنن للخطابي جـ٤ ص٢٨٢، وأصول الفقه للدكتور البرى ص ٢٧١، ٢٧٢.

الفصل الرابع
موقف الظاهرية من التأويل

من المقرر عند الظاهرية أنهم يأخذون بظواهر النصوص من القرآن والسنة، فإن لم يكن فإجماع الصحابة باعتبار أنه مستند إلى دليل ن رسول الله - ﷺ - ومن المعروف عنهم ايضا، أنهم رفضوا القياس رفضا باتا. فالنصوص كلها فى حكم النص المفسر الذى لا يحتاج إلى تأويل أو تعليل، وقد رفع راية الأخذ بالظاهر فى بادئ الأمر داود الظاهرى المتوفى سنة ٢٧٠ هـ، ثم رفعها من بعده ابن حزم وهو من رجال المائة الخامسة للهجرة ولم يكتف بما جاء به داود الظاهرى، بل زاد على ما جاء به، حتى أصبح إماما ظاهريا مجتهدا[١].

أما من ناحية التأويل عند ابن حزم، فقد عرفه بقوله: (هو نقل اللفظ عما اقتضاه ظاهره وعما وضع له فى اللغة إلى معنى آخر، فإن كان نقله قد صح ببرهان وكان ناقله واجب الطاعة، فهو حق، وإن كان نقله بخلاف ذلك، أطرح ولم يلتفت إليه، وحكم على ذلك النقل بأنه باطل)[٢].

وكما هو واضح من التعريف، يجب الأخذ عنده بظاهر اللفظ من ناحية اللغة، ولا يصرف عن ظاهره ومعناه اللغوى إلا بنص آخر أو إجماع متيقن، والتجاوز عن ذلك، يعتبر فى نظره افتراء على الله وتعديا لحدوده.

ولقد بين ابن حزم فى فصل (حمل الأوامر والأخبار على ظواهرها) فى كتابة الإحكام فى أصول الأحكام:(بين أن بعض الفرق قد أولت النصوص تأويلا باطلا، ومنهم الروافض التى

---

[١] تفسير النصوص ص ٣١٧، ٣١٨ (بتصرف).

[٢] انظر: الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ١ ص٤٢.

ضلت بتركها الظاهر، والقول بالهوى بغير علم، ولا هدى من الله عز وجل ولا سلطان ولا برهان، وضرب ابن حزم بعض التأويلات لهم قائلا: فقالت الروافض: ﴿ **إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة** ﴾[(١)] قالوا: ليس هذا على ظاهره، ولم يرد الله تعالى بقرة قط، إنما هو عائشة رضي الله عنها ولعن من عقها... وقالوا: ﴿ **الجبت والطاغوت** ﴾[(٢)] ليساعلى ظاهرهما، إنما هما أبو بكر وعمر رضوان الله عنهما ولعن من سبهما... وقالوا:﴿ **يوم تمور السماء مورا وتسير الجبال سيرا** ﴾[(٣)] ليس على ظاهرة، إنما السماء محمد والجبال أصحابه. وقالوا: ﴿ **وأوحى ربك إلى النحل** ﴾[(٤)]ليس على ظاهره، إنما النحل بنو هاشم والذى يخرج من بطونها هو العلم[(٥)].

ثم بين ابن حزم، أن بعض من سلكوا طريقهم قالوا فى قوله تعالى: ﴿ **وثيابك فطهر** ﴾[(٦)] ليس الثياب على ظاهر الكلام، انما هو القلب، وقالوا: ﴿ **إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت** ﴾[(٧)] ليس على ظاهره، إنما هو ابن ذكر، وأما الأنثى فلا... وقالوا: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم**﴾[(٨)] ليس على ظاهره، إنما أراد من غير قبيلتكم[(٩)].

وفى وجوب الخذ بالظاهر، وعدم صرف اللفظ عنه إلى غيره إلا بنص أو إجماع، يقول ابن حزم: (فإن قالوا): بأى شئ تعرفون ما صرف من الكلام عن ظاهره قيل لهم وبالله التوفيق: نعرف ذلك بظاهر آخر مخبر بذلك، أو بإجماع متيقن منقول عن النبى - ﷺ - على أنه مصروف عن ظاهرة[(١٠)].

---

(١) سورة البقرة آيه ٦٧.
(٢) من قوله تعالى: ﴿ **ألم تر إلى الذين أوتوا نصيبا من الكتاب يؤمنون بالجبت والطاغوت** ﴾ **سورة النساء: آيه ٥١.**
(٣) سورة الطور: آيه ١٠.
(٤) سورة النحل: آيه ٦٨.
(٥) انظر: الإحكام فى أصول الإحكام لابن حزم جـ٣ ص٤٠.
(٦) سورة المدثر: آيه ٤.
(٧) سورة النساء: آيه ٧٦.
(٨) سورة المائدة: ايه ١٠٦.
(٩) انظر: الإحكام لابن حزم جـ٣ ص٤٠، ٤١.
(١٠) انظر: المرجع السابق.

ومما استشهد به ابن حزم لإثبات ما يقول: قوله تعالى ذاما لقوم يحرفون الكلم عن مواضعه: [1] ﴿ **ويقولون سمعنا وعصينا** ﴾ فقد قرر ابن حزم، أنه لابيان أجلى من هذه الآيه ى أنه لا يحل صرف كلمة عن موضعها فى اللغة، ولا تحريفها عن موضعها فى اللسان وان من فعل ذلك فاسق مذموم عاص بعد أن يسمع ما قاله تعالى، قال عز وجل: (كذلك نقص عليك من أنباء ما قد سبق وقد آتيناك من لدنا ذكرا، من أعرض عنه فإنه يحمل يوم القيامة وزرا) فصح أن الوحى كله من يترك ظاهره، فقد أعرض عنه، وأقبل على تأويل ليس عليه دليل.. وقال تعالى: (وقد كان فريق منهم يسمعون كلام الله ثم يحرفونه من بعد ما عقلوه وهم يعلمون) وكل من صرف لفظا عن مفهومه فى اللغة، فقد حرفه، وقد أنكر الله تعالى ذلك فى كلام الناس بينهم فقال تعالى: (فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه) وليس التبديل شيئا غير صرف الكلام عن موضعه ورتبته، إلى غيرها بلا دليل من نص أو إجماع متيقن عنه -ﷺ- ..... واستطرد ابن حزم فى كلامه قائلا: قال تعالى آمرا لنبيه -ﷺ- أن يقول: (قل لا أقول لكم عندى خزائن الله ولا أعلم الغيب (إلى منتهى قوله تعالى): إن أتبع إلا ما يوحى إلى (قال ابن حزم معلقا على ذلك: ولو لم يكن الا هذه الآيه، لكفت لأنه عليه السلام قد تبرأ من الغيب، وأنه إنما يتبع ما يوحى إليه فقط، ومدعى التأويل وتاك الظاهر ، فهو غيب، مالم يقم عليه دليل من ضرورة عقل، أو نص من الله تعالى، أو من رسوله -ﷺ- أو إجماع راجع إلى النص المذكور[2].

ثم قال ابن حزم: ومن ترك ظاهر اللفظ، وطلب معانى لايدل عليها لفظ الوحى، فقد افترى على الله عز وجل بنص الآية المذكورة، يقول الله تعالى: ﴿ **ونزلنا عليك الكتاب تبيانا**

---

[1] سورة البقرة: آيه ٩٣.

[2] انظر: الإحكام لابن حزم جـ٣ ص٤١ وما بعدها.

لكل شئ ﴾ ويقول أيضا ﴿ لتبين للناس ما نزل إليهم ﴾ فنص تعالى على أن البيان إنما هو من نص القرآن، أو نص كلام الرسول -ﷺ-، فصح بذلك اتباع ما أوجب القرآن وكلامه عليه السلام، وبطلان كل تأويله دونهما[1].

ثم روى ابن حزم عن عائشة رضى الله عنها قالت: ما كان رسول الله -ﷺ- يتأول شيئا من القرآن لا بوحى فيخرجه عن ظاهره إلى التأويل، فمن فعل خلاف ذلك فقد خالف الله تعالى وسوله -ﷺ-، وقد نهى تعالى وحرم أن يقال عليه مالم يعلمه القائل، وإذا كنا لانعلم إلا ما علمناه، فترك الظاهر الذى علمناه وتعديه إلى تأويل لم يأت به ظاهر آخر - حرام وفسق ومعصية لله تعالى، وقد أنذر الله تعالى وأعذر فمن أبصر فلنفسه ومن عمى فعليها، ثم أخرج ابن حزم عن جعفر بن برقان قال: قال أبو هريرة: يا ابن أخي: إذا حدثت بالحديث عن رسول الله -ﷺ- ، فلا تضرب له الأمثال. قال ابن حزم: وصدق أبو هريرة - رضي الله عنه - ونصح وبالله تعالى التوفيق[2].

استدراك وترجيح:

إذا قررنا أن الأخذ بالظاهر هو الأصل، وأن طريق الظاهرية أقرب إلى السلامة، فإنا نرى أن ما قاله ابن حزم، يعتبر ردا على المغالين بالتأويل أمثال الروافض، وقد ذكرنا لهم أمثلة فيما سبق... أما الأئمة المعتبرون الذين أخذوا بالتأويل، فقد وضعوا له الشروط اللازمة والتى أسلفنا الحديث عنها، وهى شروط إذا التزمها المؤول، كان فى مأمن عن الزيغ والانحراف واتباع غير ما أنزل الله[3].

ولذا يمكننا القول: إن الوقوف بالنصوص عند ظواهرها ومنع تأويلها كما فعل أهل الظاهر، يؤدى إلى جمود الشريع

---

[1] انظر: المرجع السابق جـ٣ ص٤٣، ٤٤.
[2] انظر: المرجع السابق.
[3] تفسير النصوص ص٣٢٣.

وعدم مسايرتها للزمن، مع أنها خاتمة الشرائع التى أنزلت رحمة للعالمين.. كما أن الاسترسال فيه بدون سبب قوى - كما فعل الروافض - يؤد إلى إهدار النصوص وفتح الباب أمام أصحاب الأهواء، ليصلوا إلى أغراضهم بترك ظواهر النصوص والخروج عن شريعة الله، فكلا الأمرين مذموم... والطريق الوسط الذى يجب سلوكه هو طريق الجمهور، وهو أن يباح التأويل عند وجود ما يدعوا إليه من دفع تعارض ظاهرى بين النصوص، فإذا تعارض عام وخاص، فإنه يؤول العام بما يتفق مع الخاص أن يخصص بما عدا الخاص... وإذا تعارض مطلق ومقيد، فإن المطلق يحمل على المقيد إذا ما وجد الدليل على ذلك.. وإذا وجد الدليل الدال على ذلك... وإذا وجد فى النصوص الشرعية ما يتنافى ظاهره مع المبادئ الشرعية والقواعد الكلية، فإنه يؤول ذلك النص بما يتفق مع تلك المبادئ والقواعد، لأن هذه الشريعة ليس من سماتها التخالف والتناقص[1].

أمثلة للتأويل فى الفقه الإسلامى:

ذكرنا قبل ذلك: أن التأويل يدخل على اللفظ الخاص، والعام، والمطلق، وفيما يلى أمثلة على ذلك:

١- فمن التأويل بتخصيص العام، أن الله سبحانه وتعالى أباح البيع بقوله تعالى: ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾ وبقوله تعالى ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾ ونهى مع ذلك عن تلقى السلع، فكان بعض البيع حراما بمقتضى هذا النهى، فيكون هذا تخصيصا لآية الإباحية، وكذلك نهى النبى -ﷺ- عن الغرر، وعن البيوع التى تؤدى إلى احتكار أقوات الناس[2].

---

[1] انظر: أصول الفقه الإسلامى للدكتور مصطفى شلبى جـ١ ص٤٧٤.

[2] انظر: أصول الفقه الإسلامى للشيخ أبو زهرة ص١٣٧.

٢- ومن ذلك أيضا قوله تعالى: ﴿ **وأولات الأحمال أجهلن أن يضعن حملهن** ﴾ فإن ظاهر النص أن وضع الحمل تنتهى به العدة، سواء أكانت عدة طلاق أم كانت عدة وفاة، ولكن قوله تعالى: ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ يفيد أن عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا، سواء كانت المتوفى عنها زوجها حاملا، أو غير حامل ولمنع ذلك التعارض إزاء أعمال الظاهر فى الآيتين، خصصت آية عدة الوفاة بما إذا لم تكن حاملا[1].

٣- ومثال التأويل بتقييد المطلق، قوله تعالى: ﴿ **قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو حم خنزير..** ﴾ الآيه، ففى الآيه الأولى ورد لفظ الدم مطلقا، وفى الايه الثانية ذكر مقيدا بأنه مسفوح، فأفادت الايه الثانية تخصيص الآيه الأولى، فالمراد بالدم المحرم هو الدم المسفوح، ويلاحظ أن موضوع الحكم فى الآيتين واحد، فوجب أن يقيد المطلق[2].

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

---

[1] انظر: المرجع السابق.
[2] انظر: المرجع السابق.

أهـم المراجـع

١- (أ) القرآن الكريم.

(ب) كتب التفسير.

٢- أحكام القرآن للجصاص. مطبعة الأوقاف الإسلامية ١٣٣٥هـ.

٣- تفسير الحافظ ابن كثير. مطبعة الإستقامة (الطبعة الثانية) ١٣٧١ هـ.

٤- الجامع لأحكام القرآن للقرطبى. مطبعة دار الكتب المصرية (الطبعة الأولى) ١٣٥٤ هـ.

٥- جامع البيان عن تأويل أى القرآن لابن جرير الطبرى. الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية ٣٢٧.

٦- الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل فى وجوه التأويل للزمخشرى طبع مطعة الإستقامة (الطبعة الثانية) ١٣٧٣هـ.

٧- مفاتيح الغيب الشهير بالتفسير الكبير للرازى. طبع المطبعة الخيية (الطبعة الأولى) ١٣٠٨ هـ

جـ- الحديث النبوى وشروحه.

٨- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام للإمام الصفانى. مطبعة مصطفى البابلى الحلبى ٣٤٩.

٩- سنن أبن ماجة طبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى وشركاة ١٣٧٢ هـ

١٠- سنن أبى داود طبعة مصطفى الحلبى الطبعة الأولى ١٣٧١ هـ.

١١- سنن الدارقطنى طبع الهند ١٣١٠ هـ.

١٢- صحيح مسلم بشرح النووى طبع المطبعة المصية بالأزهر (الطبعة الأولى) ٣٤٩ هـ.

١٣- فتح البارى بشرح صحيح البخارى. المطبعة الكبرى الأميرية (الطبعة الأولى) ١٣٠٠ هـ.

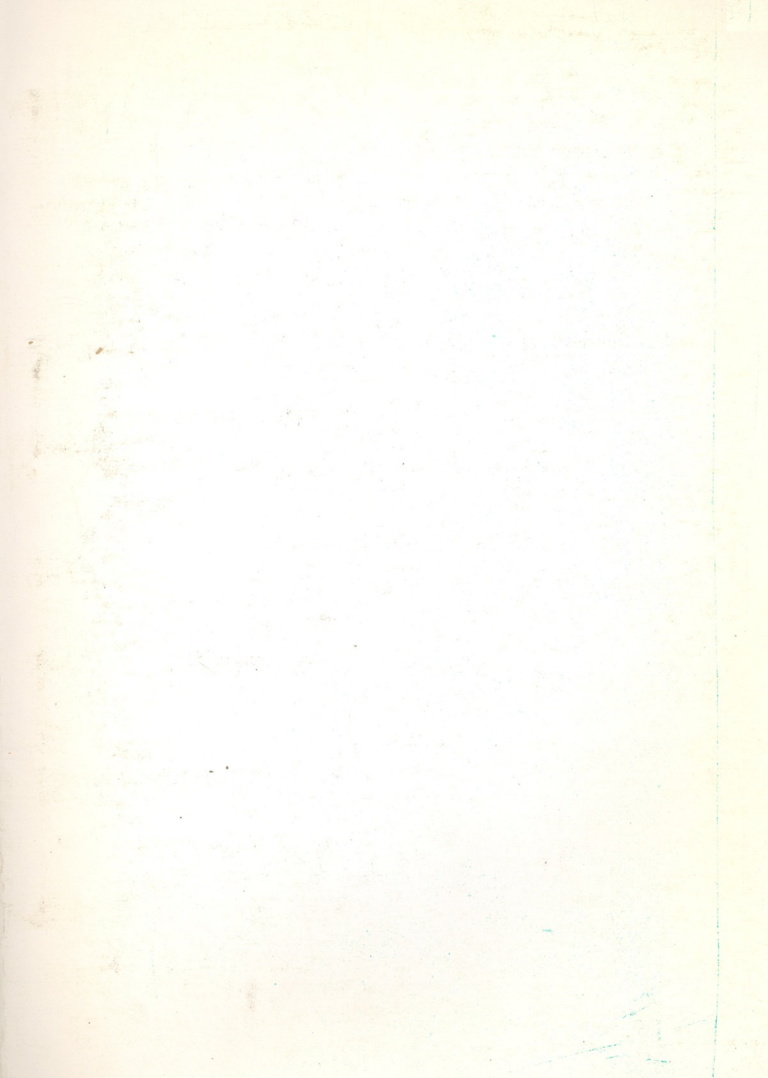
١٤ نيل الأوطار للشوكانى. طبع المطبعة العثمانية المصرية ١٣٥٧ هـ.
ء- علوم القرآن.
١٥- مباحث فى علوم القرآن للقطان. الطبعة الثانية عشر ١٩٨٣م مؤسسة الرسالة.
١٦- التبيان فى علوم القرآن للصابونى مؤسسة مناهل العرفان (بيروت).
هـ- أصول الفقه.
١٧- الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى طبع مطبعة مؤسسة الحلبى وشركاة ١٣٨٧ هـ.
١٨- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى طبع مطبعة محمد على صبيح وأولاده ٤٩.
١٩- البرهان فى اصول الفقه لإمام الحرمبين طبعة قطر ١٤٠٠هـ.
٢٠- تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد أديب صالح الطبعة الأولى، مطبعة دمشق ٨٤.
٢١- التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازانى مطبعة محمد على صبيح وأولاده ١٣٧٧ هـ.
٢٢- التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة مطبعة محمد على صبيح وأولاده ١٣٧٧هـ.
٢٣- تيسير التحرير لأمير باد شاه طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده ١٣٥٠ هـ.
٢٤- حاشية البنانى على جمع الجوامع طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاة.
٢٥- حاشية السعد على شرح العضد طبع المطبعة الأميرية ١٣١٦ هـ.
٢٦- حاشية العطار على جمع الجوامع. طبع المطبعة العلمية الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ.

٢٧- الرسالة للإمام الشافعى تحقيق الشيخ أحمد شاكر الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ.
٢٨- روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامه. مكتبة المعارف بالرياض ١٩٩٠م.
٢٩- شرح الكوكب المنير لابن النجار بتحقيق الدكتور محمد الزحيلى والدكتور نزيه حماد ١٩٨٢هـ.
٣٠- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لابن نظام الدين الأنصارى طبع المطبعة الأميرية الطبعة الأولى ١٣٢٢ هـ.
٣١- المستصفى للإمام الغزالى مطبوع مع فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت طبع المطبعة الكبرى الأميرية ١٣٢٢هـ.
٣٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد مطبعة حسان بالقاهرة.
٣٣- فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر.
٣٤- المغنى لابن قدامه طبع مطبعة المنار بالقاهرة (الطبعة الأولى) ١٣٤٦هـ.

و- كتب اللغة.

٣٥- لسان العرب لابن منظور. دار بيروت للطباعة والنشر ١٣٧٥هـ.
٣٦- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى. المطبعة الأميرية (الطبعة الأولى) ١٩٢٦.
٣٧- معجم مقاييس اللغة لابن فارس. الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ.

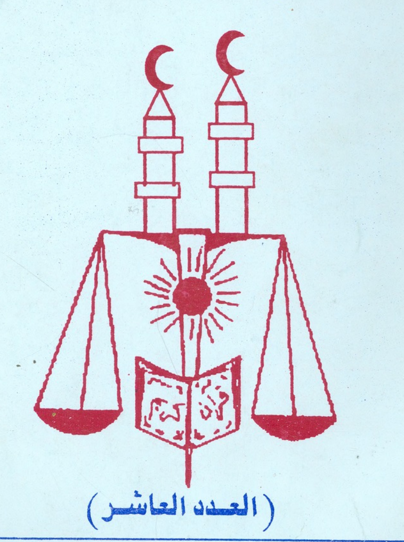
فهرس الموضوعات



جامعة الأزهر
فرع أسيوط

مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



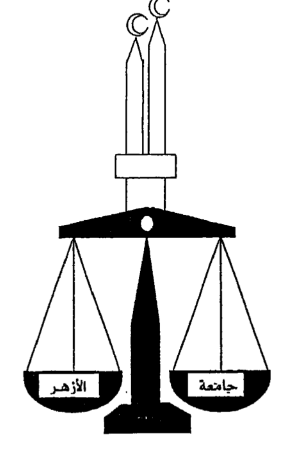
(العدد العاشر)

١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م



مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط

مجلة علمية محكمة



(العدد العاشر)

١٤١٨ هـ . ١٩٩٨ م



قال تعالى :

" . . . إنما يخشى اللهَ من عباده العلماءُ . . . "

صدق الله العظيم

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين " .

متفق عليه



أســـــرة التحريــــر



هيئة تحكيم المجلة

للمجلة هيئة تحكيم دائمة على النحو التالى :

أولاً : الفقـــــه :

١ –	أ.د/محمد أحمد الدهمـــــى	رئيس اللجنة العلمية الدائمة
٢ –	أ.د/ نصر فريد محمد واصل	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٣ –	أ.د/ محمود على محمـــــد	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٤ –	أ.د/ عبد العزيز محمد عــزام	عضو اللجنة العلمية الدائمة

ثانياً : أصول الفقـــــه :

١ –	أ.د/ محمدعبداللطيف جمال الدين	رئيس اللجنة العلمية الدائمة
٢ –	أ.د/ عيسى عليوه زهـــــران	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٣ –	أ.د/ صبرى محمد عبد الله معارك	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٤ –	أ.د/ رمضان عبدالودود عبدالتواب	عضو اللجنة العلمية الدائمة

ثالثاً : الفقة المقـــارن :

١ –	أ.د/ محمد رأفت عثمـــــــان	رئيس اللجنة العلمية الدائمة
٢ –	أ.د/ على أحمد مرعـــــــى	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٣ –	أ.د/ محمـــود العكـــــازى	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٤ –	أ.د/ المرسى عبد العزيز السماحى	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٥ –	أ.د/ رشاد حسن خليـــــــل	عضو اللجنة العلمية الدائمة

رابعاً : القانون الخاص :

١ - أ.د/ جمال الدين طه العاقــــل	رئيس اللجنة العلمية الدائمة
٢ - أ.د/ على جمال الديـــــن	استاذ القانون التجارى بكلية الحقوق جامعة القاهرة
٣ - أ.د/ عبد الرازق حسن فــرج	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٤ - أ.د/ ثروت على عبد الرحـــيم	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٥ - أ.د/ عبد الحكم أحمد شـــرف	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٦ - أ.د/ حامد محمد أبو طالـــب	استاذ المرافعات بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، وعميد كلية الشريعة والقانون بأسيوط

خامساً : القانون العام :

١ - أ.د/ جعفر محمد عبد الســلام	رئيس اللجنة العلمية الدائمة
٢ - أ.د/ زين العابدين بدوى ناصر	استاذ المالية العامة بكلية الحقوق جامعة عين شمس
٣ - أ.د/ حاتم القرنشـــاوى	استاذ الاقتصاد بكلية التجارة بنات جامعة الأزهر بالقاهرة
٤ - أ.د/ سامح السيد جــــاد	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٥ - أ.د/ اسماعيل البـــــدوى	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٦ - أ.د/ فؤاد محمد النـــــادى	عضو اللجنة العلمية الدائمة
٧ - أ.د/ عبد الغنى محمـــود	استاذ القانون الدولى بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة
٨ - أ.د/ منصور السعيد ساطـــور	استاذ القانون الجنائى بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة



افتتاحية العــدد

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام علـى سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وأصحابه والتابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعــد ،،،

فبين يديك أيها القارئ العزيز العدد العاشر من مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط ، وهو يضم مجموعة من البحوث القيمة النافعة رفيعة المستوى ، تم اختيارها بعناية ، حتى " يبين الغث من السمين ، ويتميز الضعيف من المتين لايشتبه فيه اللجين باللجين والهجان بالهجين[1] ، غير أن هذا الأمر الخطير لايملكه إلا من عرف الحى من اللى وتبين عنده الرشد من الغى " [2] ولذلك عرضت هذه البحوث وغيرها على لجان تحكيم على مستوى عال شكلت من أكبر علماء مصر وأفضلهم[3] فى تخصصاتهم حتى تكون البحوث المنشورة جديرة بصدورها عن علماء ينتمون إلى كلية الشريعة والقانون بأسيوط ، وجامعة الأزهر أقدم جامعات الدنيا وأعظمها.

---

(1) اللجين : الفضة ، واللجين : الخبط وهو ماسقط من الورق عند الخبط .

الهجان : البيض من الابل أو المرأة الكريمة ، الهجين إذا كان الأب عتيقاً والأم ليست كذلك كان الولد هجينا. (الصحاح باب النون فصلا اللام والهاء) .

(2) راجع الفتاوى الهندية – للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٣/١ ، الطبعة الثانية ، طبع الأميرية بمصر سنة ١٣١٠هـ .

(3) انظر قائمة بأسماء هؤلاء العلماء الأفاضل ص   من هذا العدد .

ورحمه الله الحصكفى إذ قال[1] " ..... والمؤلفات تتفاضل بفخامة الأسرار لا بضخامة الأسفار ، وبالزهر والثمر لا بالهدر ، ومؤلف الانسان على فضله ونقصه عنوان ، ومن طلب عيباً وجد وجد، ومن افتقد زلل أخيه بعين الرضا فقد فقد ، والكمال محال لغير ذى الجلال ... "

وفى ضوء ذلك تهيب الكلية بكل قارئ كريم أن يتفضل بالكتابة لهيئة تحرير المجلة بملاحظاته ، سعياً للأفضل وابتغاءً للأكمل ، والله من وراء القصد ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

---

(1) فى مقدمة كتابه الدر المنتقى فى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر طبع دار الطباعة العامرة بمصر سنة ١٣١٧هـ - ٧/١ ، والحصكفى هو محمد بن على بن محمد الحصنى المعروف بعلاء الدين الحصكفى . توفى سنة ١٠٨٨هـ - ١٦٧٧م (الاعلام للزركلى ٢٩٤/٦) .

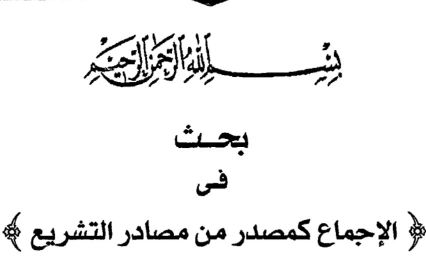
بحـث

فـى

﴿ الإجماع كمصدر من مصادر التشريع ﴾

إعـداد

دكتور /محمد عبد السميع فرج الله



بحث
فى
﴿ الإجماع كمصدر من مصادر التشريع ﴾

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين ، ورضى الله عن الصحابة أجمعين ، وعن التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين ، وسلم عليه وعليهم تسليما كثيرا .

أما بعد :

فأن الله تعالى أكمل بنبيه ﷺ دينه القويم ، وهدى به من يشاء إلى الصراط المستقيم ، وأسس شرعه المطهر على أحسن الطرائق وأحكم القواعد وأيده بالأدلة الموضحة للحق وأسبابه ، والمرشدة إلى إيصال الحق لأربابه ، وحماه بالسياسة الجارية على سنن الحق وصوابه .

ولذلك قال سبحانه وتعالى " وتمت كلمت ربك صدقا وعدلا لا مبدل لكلماته " [1] ولما كان حكم الله الشرعى هو خطابه القديم ، وهذا

---

(1) سورة الأنعام من الآية (١١٥) .

الخطاب لايمكننا الإطلاع عليه . والوصول إليه ، أوجد لنا المولى سبحانه وتعالى أدلة[1] كاشفة عنه ومرشده إليه .

ومن بين هذه الأدلة " الإجماع " غير أن هذه الأدلة متفاوتة فى المرتبة والقوة – لذا فقد آثرت أن أبين مرتبة هذا المصدر الخطير ، وأكشف النقاب عن حقيقة هذا الموضوع الجليل ، وخصوصاً وأن الإجماع يرجع إليه من الأحكام الكثير .

تمهيد

سبب اختيار هذا البحث

كان السبب فى اختيارى لهذا البحث يرجع إلى الآتى :

أولاً :

ماوجدته من كثرة الخلاف يدور حول هذا المصدر من مصادر التشريع الإسلامى خصوصاً من بعض المحدثين فى مؤلفاتهم المنتشرة، والتى خدشوا بها وجه الاجماع تارة ، أو يحولونه إلى غير جهته تارة أخرى ، وأذكر منهم على سبيل المثال صاحب تحقيق كتاب " إرشاد الفحول للإمام الشوكانى " فحينما ينتهى المؤلف فى مصنفه إلى القول "

[1] الأدلة : جمع دليل ، والدليل هو المرشد للشئ والموصل إليه ومنها سميت الأدلة بذلك لأنها توصل إلى حكم الله " ينظر : الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ، جـ ١ ، ص ١١ ، طبعة الحلبى ، القاهرة ، سنة ١٩٦٧هـ/ سنة ١٩٦٧م).

المقصد الثالث : فى الإجماع " يعلق على ذلك المحقق بهامش الكتاب بقوله: إن كنت ممن ابتلاهم الله بهذه البدعة الشنعاء فادرس هذا البحث جيدا ، وتأمل الأدلة بعناية فائقة لتعرف حقيقة اجماعهم الذى جعلوه المصدر الثالث للتشريع الإسلامى[١] أ.هـ

فأردت أن أبين أن الإجماع حقيقة واقعية ، وأنه دليل مستقل له مرتبته ووضعه من بين مصادر التشريع الإسلامى ، وأنه عند التعارض يقدم على كل الأدلة .

ثانياً :

التشوق إلى معرفة كنة هذا المصدر الذى به يطبق أسمى أسس نظام الحكم فى الإسلام والمنصوص عليه فى قوله تعالى " وشاورهم فى الأمر "[٢] .

وبالتشاور يوقف على وجه الصواب ، فيما يكون محلاً للتشاور من قضايا ، إذ أن العلماء حينما تتلاقى اجتهاداتهم على أمر ، يجب عليهم وعلى غيرهم احترامه ، لأن الصواب لايعدوهم ، وهذا من أوسمة الشرف

---

[١] ينظر ارشاد الفحول إلى تحقيق الأصول للإمام محمد بن على الشوكانى ، ص ١٣١ ، طبعة مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت – لبنان ، سنة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م ، تحقيق أبو مصعب البدرى .

[٢] سورة آل عمران من الآية (١٥٩) .

الذى طوق الله به هذه الأمة ، وكشف به الظلمة قال ﷺ " إن امتى لاتجتمع على ضلالة ، فاذا رأيتم اختلافاً فعليكم بالسواد الأعظم "[1] .

هذا فضلاً على أن به (أى بالإجماع) يحصل على الاتفاق والوحدة ، ويبتعد عن الخلاف والفرقة ، وهذا أمر مطلوب ، وفى الشرع محبوب قال الله تعالى "واعتصموا بحبل الله جميعاً ولاتفرقوا"[2] .

والحديث عن الإجماع كمصدر للتشريع استدعى منا أن نبين حقيقته، لأن معرفة الشئ فرع عن تصوره ونتعرض كذلك لجملة من مباحثه ، تتميما للفائدة ، وتكميلاً لما هو مقصود بالأصل .

وقد بذلنا مافى وسعنا لتحقيق هذا ، وحتى نكون قد ساهمنا فى بيان بعض الأمور التى تتعلق بهذا المصدر الهام . والله أسأل أن أكون قد وفقت فيما قصدت ، وماتوفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

---

(١) أخرجه الإمام ابن ماجه عن أنس بن مالك (ينظر سنن ابن ماجه - كتاب الفتن - باب السواد الأعظم ، جـ٢، ص ١٣٠٣ ، تحقيق محمد فؤاد ، طبعة دار الفكر ، بيروت).

(٢) سورة آل عمران من الآية (١٠٣) .

تعريف الإجماع

معناه فى اللغة :

الإجماع مصدر الفعل الرباعى أجمع على وزن أفعل وهكذا كل فعل رباعى على وزن أفعل يجئ مصدره على وزن أفعال كأكرم إكرام وهو فى اللغة له معنيان :

الأول : العزم يقال أجمع فلان على كذا إذا عزم عليه ، ومنه قوله تعالى " فأجمعوا أمركم وشركاءكم "[1] أى اعزموا عليه ، وقال "وأجمعوا أن يجعلوه فى غيابت الجب"[2] أى عزموا ، وقوله ﷺ " لاصيام لمن لم يجمع الصيام من الليل"[3] أى يعزم عليه من الليل فينويه .

---

(1) سورة يونس من الآية (٧١) .

(2) سورة يوسف من الآية (١٥) .

(3) هذا الحديث ورد بهذا اللفظ ، وبألفاظ أخرى ، وقد رواه الخمس وأخرجه أيضاً ابن خزيمة وابن حبان وصححاه مرفوعا (ينظر نيل الأوطار للإمام الشوكانى ، جـ٤ ، ص ٣١٩ ، وسنن الترمذى كتاب الصيام جـ٣ ، ص ٤٢٦ ، وصحيح البخارى جـ٢ ، ص ٣٨ ، وسنن النسائى باب النية فى الصيام جـ٤ ، ص ١٦٣ ، وسنن ابن ماجة جـ١ ، ص ٥٤٢ ، حديث ١٧٠٠) .

الثانــــى : الاتفاق ومنه قولهم أجمع القوم على كذا أى إتفقوا عليه[1] .

قال الآمدى :

وعلى هذا فاتفــاق كـل طائفـة علـى أمـر مـن الأمـور دينيـاً كـان أو دنيويا يسمى إجماعا حتى اتفاق اليهود والنصارى[2] .

وقال صاحب كشف الأسرار :

الفرق بين المعنيين أن الإجماع بالمعنى الأول متصور من واحد ، وبالمعنى الثانى لايتصور إلا من اثنين فما فوقهما[3] .

ونضيف إلى أوجه الفرق أيضاً : أن العزم فيه جمع للخواطر ، أما الاتفاق ففيه جمع للآراء ، كما أن الإجماع بمعنى العزم يتعدى بنفسه كما يتعدى بعلى أما بمعنى الاتفاق فلا يتعدى إلا بعلى[4] .

وقال الشوكانــى :

معزيا إلى ابن برهان وابن السمعانى ، والمعنى الأول أى العزم – أشبه باللغة ، والمعنى الثانى – أى الاتفاق – أشبه بالشرع .

ويجاب عنـــه :

بأن الثانى وإن كان أشبه بالشرع ، فذلك لاينافى كونه معنى لغوياً[5] .

---

(1) ينظر لسان العرب لابن منظور جـ١ /٦٨١ مادة جمع ، طبعة دار المعارف بمصر ، والمصباح المنير للفيومى مادة جمع ص ٤٢ ، مكتبة لبنان بيروت ، والمعجم الوسيط مادة جمع ، جـ١/١٣٤ ، طبعة دار المعارف ، ومختار الصحاح للرازى مادة جمع ، ص ١١٠ ، طبعة دار المعارف بمصر .

(2) ينظر : الإحكام فى أصول الأحكام جـ١/١٧٩ ، طبعة الحلبى ، سنة ١٣٨٧هـ/ سنة ١٩٦٧م .

(3) ينظر : كشف الأسرار على أصول البزدوى للإمام علاء الدين عبد العزيز البخارى ، جـ٣ /٢٢٦ ، طبعة دار الكتاب العربى ، بيروت لبنان .

(4) ينظر : حجية الاجماع ، أ.د/ محمد محمود فرغلى ، ص٢٠ ومابعدها .

(5) ينظر : إرشاد الفحول للإمام الشوكانى تحقيق أبى مصعب البدوى ، ط مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت لبنان ، سنة ١٩٩٢م ، ص ١٣٢ .

وقال صاحب التقرير والتحبير : والثاني – أى الاتفاق – بالمعنى الاصطلاحى أنسب[1] .

وقد جزم الإمام الغزالى : بأنه مشترك بين المعنيين ، فالعزم يرجع إلى الاتفاق لأن من اتفق على شئ فقد عزم عليه[2] .

وقال أبو على الفارس : يقال أجمع القوم إذا صاروا ذوى جمع كما يقال ألبن وأتمر إذا صار ذا لبن وتمر .

ومعناه اصطلاحاً : اختلف العلماء فى تعريف الإجماع فى الإصطلاح اختلافاً كبيراً تبعا لاختلافهم فى المعنى المراد من الإجماع ، والشروط التى يلزم توافرها فيه ، وقد اقتصرنا على ذكر أشهرها وأكثرها شيوعاً بين الأصوليين وهى كالآتى :

عرفه الإمام عبد العزيز البخارى بأنه : عبارة عن اتفاق المجتهدين من هذه الأمة فى عصر على أمر من الأمور .

وعرفه الإمام الشوكانى بأنه : اتفاق مجتهدى أمة محمد ﷺ بعد وفاته فى عصر من العصور على أمر من الأمور[3] .

---

(1) ينظر التقرير والتحبير جـ٣/ص٨٠ ، طبعة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية ، سنة ١٣١٧هـ وجاء مثله فى حاشية الفنرى على التلويح للإمام سعد الدين التفتازانى جـ٢ /ص ٣٢٦ .

(2) ينظر : المستصفى للإمام الغزالى جـ١ / صض ١٧٣ ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، سنة ١٩٨٣م ، وبيروت لبنان سنة ١٤٠٣هـ / سنة ١٩٨٣م ، ونهاية السول جـ٢ / ص ٢٧٣ ، طبعة صبيح وأولاده .

(3) ينظر : ارشاد الفحول للشوكانى ص ١٣٢ .

وعرفه الإمام البيضاوى بأنه : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد فى عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع[1] .

وعرفه الإمام الآمدى بأنه : عبارة عن اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد فى عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع[2] .

وعرفه صدر الشريعة بأنه : اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ فى عصر على حكم شرعى[3] .

وعرفه الإمام الغزالى بأنه : عبارة عن اتفاق أمة محمد خاصة على أمر من الأمور الدينية[4] .

وبعد بيان التعريفات السابقة للإجماع نستطيع أن نقول بأن التعريف الجامع المانع للإجماع هو أن يعرف بأنه :

" اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ فى عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعى فى واقعة من الوقائع " .

وكان هذا التعريف للإجماع جامعاً مانعاً فى وجهة نظرنا ، لأن ماسبق سرده من تعريفات قد ورد عليه مايدفعه وبيانه كالآتى :

أولاً : بالنسبة لتعريفات كلا من الإمام البخارى والشوكانى والآمدى ، والذى نص فيها على " أمر من الأمور أو واقعة من الوقائع" فإن الأمر أو الواقعة عام يتناول الشرعى ، والعقلى ، واللغوى، فلو اتفقت

(1) ينظر : منهاج الوصول للقاضى البيضاوى بشرح الأسنوى ، جـ٢ / ص ٢٧٣ .

(2) ينظر : الإحكام للآمدى ، جـ١/ص١٨٠ .

(3) ينظر : التوضيح لمتن التنقيح جـ٢/ص٨١ ، طبعة صبيح .

(4) ينظر : المستصفى لحجة الإسلام الغزالى جـ١/ص١٧٣.

الأمة أو المجتهدين منها على حكم عقلى أو عرفـى أو لغـوى كـان إجماعـاً وهذا لايجوز عند جمهور العلماء لأن المقصود بالإجماع عندهم هـو الـذى يكون مصدراً للحكم الشرعى ، وعلى ذلك تكون هذه التعريفات غير مانعـة حيث إنها أدخلت فى المعرف ما ليس منـــــه .

ثانياً : يرد أيضاً على تعريفات كلا من الإمام الغزالى والبيضـاوى أنهما خلا من قيد فى عصر من العصور " وهذا القيد لابد منه حيث يحترز به عما يرد على ترك هذا القيد من لـزوم عـدم انعقـاد الإجمـاع إلـى آخـر الزمان ، إذ لايتحقق اتفاق جميع المجتهدين إلا حينئذ – لأن أمة محمدﷺ جملة من اتبعه إلى يوم القيامة ومن وجد فى بعض الأعصار منهم فإنما هم بعض الأمة لا كلها – وليس هذا مذهب لأحـد ، ومـن ثـم نجـد بـأن الأمـام سعد الدين التفتـازانى يقول فـى تلويحـه : ولايخفـى أن مـن تركـه (أى من تـرك قيـد فـى عصـر مـن العصـور) لوضوحـه لكـن التصريـح بـه أنسـب للتعريفات[1] .

كما أورد الآمدى اعتراضا على الأمام الغزالى الذى ترك هذا القيـد فقال : إن ماذكره (أى الإمام الغزالى) يشعر بعدم انعقاد الإجماع إلـى يـوم القيامة فإن أمة محمد جملة من اتبعه إلى يوم القيامة، ومن وجد فى بعض الأعصار منهم إنما يعم بعض الأمة لا كلها ، وليس هذا مذهبا له ولا لمـن اعترف بوجود الإجماع[2] .

---

(1) ينظر : التلويح على التوضيح جـ٢/ص٨٧ .

(2) ينظر : الإحكام للآمدى جـ١/ص ١٨٠ .

ثالثاً: جاءت تعريفات كلا من الإمام البخارى ، والبيضاوى ، والآمدى ، وصدر الشريعة والغزالى خالية من قيد " بعد وفاته ﷺ " وهو قيد لابد منه حيث لا إجماع فى حياته ﷺ ، لأن المصدر الوحيد للتشريع هو الوحى حتى إن اتفق المجتهدون جميعاً على رأى ووافقهم عليه ، كان ذلك سنة تقريرية وإن خالفهم سقط ما أجمعوا عليه[1] .

شرح التعريف المختار :

التعريف المختار للإجماع كما أشرنا إلى ذلك سابقاً هو الذى يعرف الإجماع بأنه : " عبارة عن اتفاق المجتهدين من أمة محمد عليه السلام بعد وفاته فى عصر من العصور على حكم شرعى فى واقعة من الوقائع " .

" الاتفاق " جنس فى التعريف معناه الاشتراك ، وذلك بأن يكون رأى كل مجتهد موافق لرأى الآخر سواء فى الاعتقاد أو الفعل أو القول ، وسواء صدر من الجميع أو صدر من البعض وسكت الآخرون[2] .

" المجتهدين " جمع مجتهد وهو كل من توافرت فيه شروط الاجتهاد ، ويخرج به العوام فإنه لاعبرة بوفاقهم ولا بخلافهم ، وعرف بلام الاستغراق احترازا عن اتفاق بعض مجتهدى عصر من أمة محمدﷺ.

" من أمة محمد عليه السلام " قيد يخرج به اتفاق مجتهدى الشرائع السابقة ، والمراد بالأمة الطائفة من الناس إذا جمعتها رابطة ، كما يراد من أمة محمد أمة اجابته ، وهى من اجابت الرسول بالإيمان وهى المرادة هنا لا أمة الدعوة .

---

(1) ينظر : أصول الفقه ، أ.د/ سلامة مدكور ، ص ١٢٦ ، طبعة دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م .

(2) ينظر : شرح العضد على مختصر بن الحاجب جـ ٢/ص ٣٠ ، ط / مكتبة الكليات الأزهرية بمصر .

" بعد وفاته " يخرج الإجماع فى حياته فإنه لا اعتبار به لأن مصدر الأحكام هو الوحى من الله لرسوله عليه السلام .

" فى عصر من العصور " حال من المجتهدين معناه زمان قل أو كثر، وفائدته : الاحتراز عما يرد على ترك هذا القيد من لزوم عدم انعقاد الإجماع إلا آخر الزمان إذ لايتحقق اتفاق جميع المجتهدين إلا حينئذ[1].

" على حكم شرعى " احترز به عن الاتفاق على حكم أو أمر غير شرعى فالإجماع عليه لايكون حجة عند جمهور العلماء ، " فى واقعة من الوقائع " أى حادثة لم ينص على حكمها فى الكتاب أو السنة.

مايترتب على القيود الواردة فى التعريف المختار من مسائل :

القيد الأول : "الاتفاق " معناه الاشتراك ، والمراد به الاشتراك فى الرأى سواء أدل عليه المجتهدون بأقوالهم جميعاً أم بأفعالهم جميعاً أم بقول البعض ، وفعل البعض الآخر[2] .

مســـألة

هل يتحقق الاشتراك فى الرأى بقول البعض أو فعله مع سكوت البعض الآخر ؟

نقول : ذهب بعض العلماء : إلى أن الاشتراك فى الرأى يتحقق بهذا كما فى الإجماع السكوتى عند من يراه اجماعا ، فيكون داخلاً فى التعريف ، لأن سكوت المجتهد يعتبر دليلاً على اشتراكه مع الآخرين فى رأيهم عند تحقيق الشروط التى اشترطوها فى هذا النوع من الإجماع .

---

(1) ينظر : تيسير التحرير جـ٣/ص ٢٢٤ ، طبعة مصطفى البابى الحلبى ، سنة ١٣٥١هـ .

(2) ينظر : جمع الجوامع مع حاشية البنانى جـ٢/ ١٨٤ .

وذهب البعض الآخر : إلى أن الاشتراك فى الرأى لايتحقق بالسكوت لأنه لاينسب إلى ساكت قول ، وعليه يكون الإجماع السكوتى خارجا عن التعريف[1] .

هذا وسوف نعرض لذلك بمزيد من التفصيل عند الكلام على أقسام الإجماع .

القيد الثانى : " المجتهدين " جمع مجتهد ، وهو كل من توافرت فيه شروط الاجتهاد ، وهى المعبر عنها بأوصاف أهل الإجماع ، وهذه الأوصاف هى :

١ - أن يعرف المجتهد القرآن الكريم لغة وشريعة .
٢ - أن يعرف من السنة قدر ما يتعلق بالأحكام .
٣ - أن يكون على دراية بالقياس .
٤ - أن يعرف مواقع الإجماع لئلا يخالفه فى اجتهاده .
٥ - اشترط قوم أن يكون على دراية بعلم الفقه ، وقيل : لايشترط لأن علم الفقه نتيجة الاجتهاد ، وثمرته فلا يتقدمه .
٦ - أن يكون من المسلمين .
٧ - أن يكون على علم بقواعد الشريعة .
٨ - أن يكون عالما بكيفية النظر[2] .

---

[1] ينظر : كشف الأسرار جـ٢ / ٢٦٠ .

[2] ينظر : فيما تقدم المستصفى جـ٢/ ٣٥٠ - ٣٥٢ ، والرسالة للأمام الشافعى ص ٥١٠ وشرح الاسنوى جـ٣/٣١٠ ، والموافقات للأمام الشاطبى جـ٤/٦٧ ، وأصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير ٤/٢٢٧.

" مســــــألة "

هل يعتد بالعامى فى الإجماع ؟

اختلف فى ذلك على مذاهب :

١ – فذهب الأكثرون من العلماء إلى أنه لا اعتبار بموافقة العامى من أهل الملة فى انعقاد الإجماع ولا مخالفته[1] .

٢ – وذهب الآمدى ومن وافقه إلى أنه يعتبر قوله[2] .

٣ – وذهب البعض إلى التفصيل بين العام والخاص ، بمعنى أنه إن اختص بمعرفة الحكم الخاصة كتحريم نكاح المرأة وعمتها وخالتها لم يعتبر وفاق العامة ، وإن اشترك فى معرفته الخاصة والعامة كاعداد الركعات ، وتحريم بنت الابن فهذا فيه وجهان أصحهما لايعتبر[3] .

الأدلة : استدل اصحاب المذهب الأول بما يأتى :

أ – بأن العامى يلزمه المصير إلى أقوال العلماء بالإجماع ، فلا تكون مخالفته معتبرة فيما يجب عليه التقليد فيه .

ونوقش هذا : بأنه وإن كان يجب على العامى الرجوع إلى أقوال العلماء ، فليس فى ذلك مايدل على أن أقوال العلماء دونه حجة قاطعة على غيرهم من المجتهدين من بعدهم ، لجواز أن يكون الاحتجاج بأقوالهم على من بعدهم مشروطاً بموافقة العامة لهم ، وإن يكن ذلك شرطاً فى وجوب اتباع العامة لهم فيما يفتون به .

---

(١) ينظر : منتهى السول فى علم الأصول للآمدى ص ٥٢ ، طبعة محمد على صبيح وأولاده بالقاهرة ، والبرهان لأمام الحرمين ٦٨٤/١ ، طبعة دار الأنصار ، والمستصفى ١٨١/١ .

(٢) ينظر الإحكام للآمدى ٢٠٤/١ ، والمحصول جـ٢ القسم الأول ص ٢٧٩ تحقيق د/ طه فياض .

(٣) ينظر : المستصفى ١٨١/١ ، ١٨٢ ، والبرهان ٦٨٤/١ .

الرد على هذه المناقشة : يمكن رد هذه المناقشة بأن هذا الاشتراط لا دليل عليه ، لأن العامى إذا كان لم يعتبر قوله مع العلماء فذلك لأنه بمنزلة العدم ، فهو معهم كالصبيان والمجانين ، فلما لم يعتبر – بالاتفاق – موافقة الصبيان والمجانين شرطاً فى حجية الإجماع على من بعد المجمعين فكذلك لايجوز أن تشترط موافقة العامى فى الحجية .

ب – أن أهل العصر الأول من الصحابة ، علماؤهم وعوامهم اجمعوا على أنه لا عبرة بموافقة العامى ولا بمخالفته .

جـ – العامى ليس من أهل الاجتهاد فلا عبرة بقوله كالصبى والمجنون ، فهم ليسوا من أهل النظر فى الشرعيات ، ولايفهمون الحجة ولايعقلون البرهان .

واستدل أصحاب المذهب الثانى بما يأتى : بأن قول الأمة إنما كان حجة لعصمتها عن الخطأ بما دلت عليه الدلائل السمعية ولايمتنع أن تكون العصمة من صفات الهيئة الاجتماعية من الخاصة والعامة .

ونوقش هذا : بأنه لايتصور من عصمة الأمة عن الخطأ إلا عصمة من يتصور منه الإصابة هو وحده أو معه غيره لكونه أهلاً لها ، فوجب أن يراد من الأدلة الدالة على عصمة الأمة عصمة مجتهديهم ، لأنهم هم أهل الفتوى ، وهم الذين يتصور منهم الخطأ والصواب فكان الدليل خاصاً بهم دالاً على عصمتهم عند الاجتماع بخلاف العامى فى ذلك فلم يكن مراداً[1].

---

(1) ينظر : منتهى السول ص ٥٣ .

أما أصحاب المذهب المفصل : فيرد على هذا التفصيل : بأن القسم الأول منه لايتصور فيه الخلاف لا من العامى ولا من غيره وعليه فلا يجوز اعتبار خلاف المخالف فيه ، لأنه منكر لأمر معلوم من الدين بالضرورة فيكون كافراً ولا عبرة بمخالفة الكافر ، أما القسم الثانى ، وهو المخالف فى النظرى ، فأنه آثم فلا يعتبر خلافه .

الرأى الراجح : مما سبق يترجح قول أكثر العلماء لقوة أدلتهم ، والرد على أدلة القولين الآخرين .

" مسألة "

الفقيه الحافظ للفروع ، والأصولى الذى ليس بحافظ للفروع هل يعتد بقولهما فى الإجماع ؟

إختلف العلماء الذين قالوا بأنه لامدخل للعوام فى الإجماع فى ذلك على أقوال :

الأول : يعتبران مطلقاً نظراً لما لكل منهما من أهلية النظر التى لا وجود لها فى العامى .

الثانى: لايعتبران مطلقاً نظراً إلى عدم تحقيق الأهلية المعتبرة فى أئمة أهل الحل والعقد من المجتهدين من الأئمة الأربعة وغيرهم ، ونسبه الآمدى للأمام الشافعى وأبى حنيفة ومالك وأحمد وغيرهم.

الثالث : المعتبر قول الفقيه الحافظ للفروع الذى ليس بأصولى ، ويلغى قول الأصولى الذى ليس بفقيه .

الرابع : المعتبر قول الأصولى دون الفقيه ، لكونه أقرب إلى المقصود الاجتهادى لعلمه بمدارك الأحكام على اختلاف اقسامها ، وكيفية دلالتها ، وكيفية تلقى الأحكام من منطوقها[1] ومفهومها ، ومعقولها بخلاف الفقيه[2] .

ويرى الأمام الغزالى : بأنه لا عبرة بالفقيه الحافظ للأحكام والمذاهب إذا لم يكن متمكناً من الاجتهاد ، لأن هؤلاء كالعوام ، فهم لايتمكنون من الاجتهاد فلا يكون لقولهم عبرة ، أما الأصولى المتمكن من الاجتهاد إذ لم يكن حافظاً للأحكام ، فالراجح أن خلافه معتبر ، ودليله : أنه متمكن من الاجتهاد الذى هو الطريق إلى التمييز بين الحق والباطل ، فوجب أن يكون قوله معتبراً قياساً على غيره[3] .

أما العلماء الذين قالوا بدخول العوام فى الإجماع ، فذهبوا إلى القول بالإعتداد بقولهما فى الإجماع من باب أولى والراجح فى نظرنا هو القول الذى يرى أن الأصولى الذى ليس بفقيه والفقيه المبرز الذى ليس بأصولى لايعتد به فى الإجماع لا وفاقاً ولا خلافاً ما لم يكونا من أهل الاجتهاد المطلق لأنهما ليسا من أهل النظر والرأى المشترط فى الإجماع ، على أنه إذا كانت المسألة المراد بحثها من دقائق الفقه فلا يعتد بالأصولى

---

(١) ينظر : الأحكام للآمدى ٢٠٦/١ ، والمستصفى ١٨٢/١ ، ١٨٣ ، وشرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢١١/٢ ، والبحر المحيط للزركشى ص ٣٧٣ .

(٢) ينظر : حجية الإجماع لأستاذنا الدكتور / محمد محمود فرغلى ص ٣٥٢ .

(٣) ينظر : المستصفى ١٨٢/١ ، ١٨٣ ، والمحصول الجزء الثانى القسم الأول ص ٢٨٢ .

كما لايعتد بالعامى ، لأن دقائق الفقه تحتاج لذوى الأهلية الكاملة فى النظر(1) . والله أعلى وأعلم .

" مســــألة "

هل ينعقد الإجماع بقول أكثر العصر (أو بقول أكثر المجتهدين) ؟

اختلف العلماء فى ذلك على مذاهب :

أ - **المذهب الأول :** وهو رأى جمهور العلماء حيث إنهم اشترطوا لتحقيق الإجماع أن يكون المجمعون هم كل المجتهدين فى العصر الذى يراد معرفة حكم المسألة الحادثة فيه .

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١ - قالوا إن التمسك فى اثبات كون الإجماع حجة إنما هو بالأخبار الواردة فى السنة الدالة على عصمة الأمة ، ولفظ الأمة يحتمل أنه يراد به كل الموجودين من المسلمين فى أى عصر كان ، ويحتمل أن يراد به الأكثر ، غير أن حمله على الجميع مما يوجب العمل بالإجماع قطعاً لدخول العدد الأكثر فى الكل ، ولا كذلك إذا حُمِلَ على الأكثر فأنه لايكون الإجماع مقطوعاً به لاحتمال إرادة الكل والأكثر ليس هو الكل .

٢ - وقوع اتفاق الأكثر فى زمن الصحابة ، مع مخالفة الأقل لهم ، ولم ينكر أحد منهم على خلاف الواحد (أى الأقل) بل سوغوا له الاجتهاد فيما ذهبوا إليه مع مخالفة الأكثر ، ولو كان إجماع الأكثر حجة

(1) ينظر : شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢١١/٢ ، وحجية الإجماع أ.د/ محمد محمود فرغلى ص ٣٥٣ ، والإحكام للآمدى ٢٠٦/١ .

ملزمة للغير الأخذ به لما كان كذلك ، ومن ذلك اتفاق أكثر الصحابة على امتناع قتال مانعى الزكاة مع خلاف أبى بكر لهم ولو كان إجماع الأكثر حجة لبادروا بالإنكار والتخطئة وماوجد منهم من إنكار فى بعض الصور لم يكن إنكار تخطئة بل إنكار مناظرة فى المأخذ كما جرت عادة المجتهدين بعضهم مع بعض ، ولذلك بقى الخلاف الذى ذهب إليه الأقلون جائزاً إلى وقتنا هذا .

وربما كان ماذهب إليه الأقل هو المعول عليه الآن كقتال مانعى الزكاة ، ولو كان ذلك مخالفاً للإجماع المقطوع به لما كان ذلك سائغاً[1] .

ب – <u>المذهب الثانى :</u> وهو أنه لايشترط فى الإجماع أن يكون المجمعون هم كل المجتهدين بل ينعقد الإجماع بقول أكثر مجتهدى العصر وهذا ماذهب إليه محمد بن جرير الطبرى ، وأبو بكر الرازى وأبو الحسين الخياط من المعتزلة ، وأحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين عنه .

<u>**واستدلوا على ذلك بما يأتى :**</u> لفظ الأمة الوارد فى حديث الرسول ﷺ "لاتجتمع أمتى على الضلالة " يصح إطلاقه على أهل العصر وإن شذ منهم القليل كما فى قول القائل بنو تميم يكرمون الضيف ، فهذا يصدق حتى ولو كان المكرمون أكثر بنى تميم ، وحيث صدق إطلاق لفظ الأمة على أكثرهم ، كان إجماعهم حجة لدلالة النص عليه .

---

(1) ينظر : الإحكام للآمدى ٢١٣/١ ، ٢١٤ ، والمستصفى ١٨٦/١ ، وكشف الأسرار ٢٤٤/٣ ، ٢٤٥ ، والتقرير والتحبير ٩٤/٣ ، وتيسير التحرير ٢٣٧/٣ ، وشرح العضد على مختصر بن الحاجب ٣٤/٢ ، ٣٥ .

ونوقش هذا : بأن إطلاق لفظ الأمة على الأكثر إطلاقاً مجازياً لتبادر فهم الكل من لفظ الأمة عند الإطلاق ، ولهذا يصح أن يقال : إذا شذ عن الجماعة واحد ليس هم كل الأمة – حقيقة – بخلاف إذا لم يشذ منهم واحد، وعلى هذا يجب حمل لفظ الأمة على الكل لكون الحجة فيه قطعية[1] .

المذهب الثالث :

وهو إن سوغت الجماعة الإجتهاد للمخالف كان خلافه معتد به وإلا فلا وهذا مانسبه الآمدى لأبى عبد الله الجرجانى[2] .

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

بأن الصحابة أنكرت على ابن عباس تحليل المتعة ، ولولا أن اتفاق الأكثر حجة لما أنكروا عليه فإنه ليس للمجتهد الإنكار على المجتهد الآخر حيث إنه من المعلوم أن المجتهد لايجوز له أن يقلد غيره بل يجب عليه اتباع ما آداه إليه اجتهاده مالم يكن الإجتهاد مقابل نص أو إجماع .

ونوقش هذا :

بأن إنكار الصحابة على ابن عباس فيما ذهب إليه لم يكن بناءاً على إجماعهم ، وإنما ذلك لأمر آخر حيث إن ماذهب إليه ابن عباس فيه مخالفة لما رووه له من أخبار تدل على نسخ المتعة ولهذا صح عنه أنه

---

(1) ينظر : مسلم الثبوت ٢٢٣/٢ ، وتيسير التحرير ٢٣٨/٣ .

(2) ينظر : الإحكام للآمدى ٢٠٣/١ .

رجع لما سمع ما رووه له وقال : حفظتم عن رسول الله ﷺ مالم أحفظ[1] .

المذهب الرابع :

قول الأكثر

يكون حجة وليس بإجماع ، قال العضد في شرحه لمختصر المنتهى: الظاهر أنه يكون حجة ظنية[2] .

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

بأن خبر الواحد بأمر لايفيد العلم ، وخبر الجماعة إذا بلغ عددهم حد التواتر يفيد العلم فليكن مثله فى باب الإجتهاد والإجماع .

ونوقش هذا :

بأنه إن كان صدق الأكثر فيما يخبرون به عن أمر محسوس مفيداً للعلم ، فلا يلزم مثله فى الإجماع الصادر عن الاجتهاد ، مع أن ثبوت حجيته فيه إنما هو للعصمة عن الخطأ ولم تثبت إلا بالكل ، والأكثر ليس كل الأمة كما سبق .

الرأى الراجح :

مما تقدم يتضح لنا أن رأى الجمهور هو الراجح للآتى :

١ - قوة أدلتهم وعدم وجود معارض لها .

٢ - ضعف أدلة المذاهب الأخرى والرد عليها .

---

(١) ينظر : مسلم الثبوت ٢٢٢/٢ .

(٢) ينظر : مختصر المنتهى وشرحه ٣٤/٢ ، ٣٥ ، ومنتهى السول ص ٥٥ .

القيد الثالث : " من أمة محمد ﷺ " .

أمة محمد هى أمة أجابت الرسول ﷺ بالإيمان .

مسألة

هل يعتبر موافقة أو مخالفة من هو خارج عن الملة الإسلامية فى الإجماع؟

ذهب الجمهور من العلماء إلى أنه لا اعتبار بموافقة من خرج عن الملة ولا بمخالفته فى إنعقاد الإجماع .

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

أن الإجماع إنما عرف حجة بالأدلة السمعية الدالة على ذلك ، وهذه الأدلة مع إختلاف ألفاظها لا إشعار لها بإدراج من ليس من أهل الملة فى الإجماع ولا دلالة لها إلا على عصمة أهل الملة ولأن الكافر غير مقبول القول فلا يكون قوله معتبراً فى إثبات حجة شرعية ولا إبطالها وإذا تم الإجماع دونه فلا إعتبار بمخالفته[١] .

وذهب البعض إلى العكس من ذلك وهو رأى ضعيف لا اعتداد به لوجود العداوة فى الدين وعليه يكون الراجح هو رأى الجمهور[٢] .

القيد الرابع " على حكم شرعى " :

يترتب على هذا القيد " **مسألة** "

وهى هل يعتبر الإجماع حجة فى الأمور الدنيوية ؟

---

(١) ينظر : الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٢٠٤/١ .

(٢) ينظر : الإحكام للآمدى ٢٠٤/١ .

نقـول : الأمور الدنيوية إما أن تستلزم حكم شرعى أو لا ، فإن إسـتلزمت فالتحقيق أن الإجماع فيها حجة كالإجماع على قتال العدو فى سـاعة معينـة أو فى مكان مخصوص دفعاً لضرره فيأثم بمخالفته مادامت المصلحة باقيـة لأن أمور الدنيا مبنية على المصالح العاجلة وهى قابلـة لـلزوال والتبديل ، فإن تغيرت الحال وإقتضت الدواعى خلاف الحكم المجمع عليـه لـم تسـتمر حجيته بل تجوز مخالفته ، بل ربما وجبت المخالفة لإنتهـاء وجـوب العمل بالإجماع الأول وإنما وجبت موافقة الإجماع فى مثل الدنيويـات مـن حيـث كونه مستلزماً للدليل على وجوب تحقيـق المصلحـة ودفـع المضـرة لا مـن حيث كونه إجماعاً على أمر دنيوى .

وقال بعض العلماء أنه ليس بحجة ، وهـو مـا نقلـه القرافـى عـن القـاضى عبد الجبار .

واستدلوا على ذلك : بأن هذا الإجماع ليس بأقوى من عمـل الرسـول ﷺ حيث ثبت أن قوله عليه السلام لايعتبر حجة فى الأمور الدنيويـة ، والدليـل على أن قوله فى ذلك ليس بحجة ماروى مـن أنـه شـاور سـعد بـن معـاذ ، وسـعد بـن عبـادة فـى بـذل شـطر ثمـار المدينـة للمشـركين يـوم الأحـزاب لينصرفوا ، فقالا : إن كان هذا عن وحى فسمعاً وطاعة وإن كان عن رأى فلا نعطيهم إلا السيف ، وقد كنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنـا ولا لهم دين ، وكانوا لايطعمون من ثمار المدينة إلا بشرى أو قرى فإذا أعزنا اللـه بالدين نعطيهم الدنية لانعطيهم إلا السيف فأخذ الرسول ﷺ برأيهما(١) .

---

(١) ينظر : كشف الأسرار على أصول البزدوى ٢/٩٦ .

وأيضاً قوله ﷺ في قصة تلقيح النخل " أنتم أعلم بأمور دنياكم "[1] وإذا ثبت أن قوله ليس بحجة في الأمور الدنيوية وهي في المرتبة الثانية بعد الكتاب فمن باب أولى يسرى هذا على من جاء في المرتبة الثالثة بعد السنة ، وهو الإجماع الواقع على هذه الأمور[2] . نكتفي بهذا القدر من المسائل المتعلقة بالتعريف المختار على أمل التعرض للبعض الآخر في أبحاث أخرى إن شاء الله تعالى .

---

[1] ينظر : كنز العمال ٤٦٥/١١ .

[2] ينظر : تيسير التحرير ٢٤٤/٣ ، والتقرير والتحبير ٨١/٣ ، والأحكام للآمدي ٢٥٦/١ .

الأدلة الدالة على مرتبة الإجماع

تمهيد

تعارف الأصوليون إذا عدوا مصادر التشريع الإسلامى أن يبدؤا بكتاب الله عز وجل وهو القرآن الكريم أولاً ، ثم بالسنة ثانياً ، ثم بالإجماع ثالثاً ، ثم بالقياس رابعاً ، وكذا يبحثونها على هذا الترتيب ، ولهذا الترتيب أدلة نذكرها فيما يأتى :

١) قوله تعالى :"ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم"[١]

وجه الدلالة :

أن الله أمر بطاعة الله ورسوله ، وذلك بما علم حكمه من الكتاب والسنة المطهرة ثم أمر بطاعة أولى الأمر بعد إتباع ماجاء فى المصدر الأول – وهو الكتاب ، والمصدر الثانى – وهو السنة – ففى الوقائع التى لم ينص على حكمها فيهما أوجب الرجوع إلى المصدر الثالث وهو قول أولى الأمر – فإن أولى الأمر عام – يشمل أولى الأمر الدنيوى وهم الولاة الذين يقومون على الحكم فى الأمة[٢] ، وأولى الأمر الدينى ، وهم أهل

---

(١) سورة النساء من الآية (٥٩) .

(٢) قال صاحب إعلام الموقعين : (وهو الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ) والتحقيق أن الولاة أو الأمراء إنما يطاعون إن أمروا بمقتضى العلم ، فطاعتهم تبعاً لطاعة العلماء، فإن الطاعة إنما تكون فى المعروف وما أوجبه العلم ، فكما أن طاعة العلماء تبعاً لطاعة الرسول

الإجتهاد والرأى والفتوى فإذا استقر رأيهم واجتمعت كلمتهم على حكم فى المسألة بما يحقق المقاصد التى دلت تصرفات الشارع العامة على تحقيقها من التشريع ، فإن هذا الحكم يكون واجب الإتباع كغيره من الأحكام الثابتة بالمصادر السابقة على الإجماع .

(٢) ماروى عن سعيد بن المسيب عن على رضى الله عنه : أنه قال : قلت يارسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمضى فيه منك سنة ؟ قال : اجمعوا له العالمين[١] أو قال العابدين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولاتقضوا فيه برأى الواحد[٢] .

وجـه الدلالة :

هذا الحديث دل دلالة واضحة على أن الإجماع يأتى فى المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة حيث أرشد النبى ﷺ الإمام على - كرم الله وجه - فى معرفة حكم الأمر الذى لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه سنة بأن يجمع له العالمين من المؤمنين ، فيجعله شورى بينهم ، ومايتفقون

صلى الله عليه وسلم ، فطاعة الأمراء تبعاً لطاعة العلماء (ينظر : إعلام الموقعين ١/١٠ ، طبعة دار الجيل ، بيروت - لبنان سنة ١٩٩٧م ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد) .

(١) رواية العالمين أرجح فى المعنى من رواية العابدين ، لأن الغرض من الإجتماع التشاور للوصول إلى رأى فيما نزل بالناس ، وهذا يكون بالعلم والرأى ، لا بالمتعبدين المتباعدين عن شئون الناس ، فإن من هؤلاء من تستحب فى الصلاة إمامته ، وقد لاتقبل عند القاضى شهادته ، وكان الإمام مالك يقول - رضى الله عنه - كم أخ لى فى المدينة أرجو دعوته ولا أقبل شهادته .

(٢) هذا الحديث وإن قيل فيه : أنه غريب من حديث مالك ، وفى روايته من لايحتج به - معناه فى غاية الصدق والصحة ، لأنه دعوة إلى الشورى فى مهام الأمور ، وهو ماحث عليه القرآن الكريم وعمل الرسول وأصحابه من بعده . (ينظر أعلام الموقعين ١/٦٤ ، ٦٥) .

عليه فيه فهو حكم الله بالنسبة له ، ثم يحذره بأن لايترك الإجماع - وهو إجتهاد جماعى - ويقضى برأى الواحد - وهو إجتهاد فردى .

إعتراض وجوابـــه :

قد يقول قائل : إن الرسول ﷺ فى هذا الحديث حذر من الأخذ برأى الواحد بقوله - ولاتقضوا فيه بـرأى واحد - علماً بأنـه ورد حديث آخر عن معاذ بن جبل - رضـى اللـه عنـه - أن النبـى ﷺ لمـا أراد أن يبعثه إلى اليمن قال له : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء قـال : أقضـى بما فى كتاب الله قال : فإن لم تجد فـى كتـاب اللـه ؟ قـال : فبسـنة رسـول الله ﷺ قال : فإن لم يكن فى سنة رسول الله قال : أجتهد رأيى ولا آلو[1] قال معاذ فضرب رسول الله ﷺ صـدرى وقـال : الحمد للـه الـذى وفـق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله[2] .

---

(1) آلو : أبذل غاية جهدى ولا أقصر فى ذلك .

(2) رواه الترمذى والإمام أحمد وأبو داود وابن عدى والطبرانى من حديث الحارث بن عمرو عن أناس من أصحاب معاذ من أهل حمص ، قال الترمذى : لانعرفه إلا من هذا الوجه وقال البخارى فى التاريخ الكبير : حديث الحارث بن عمرو عن أصحاب معاذ لايصلح ، وأورده بن الجوزى فى العلل المتناهية ، وقال : لايصح: وإن كان الفقهاء يذكرونه فى كتبهم ويعتمدون عليه ، وإن كان معناه صحيحاً ، وقد رواه أيضاً عن شعبة عن ابن عون هكذا ، وأرسله ابن مهدى وجماعات عنه والمرسل أصح ، وقال عنه الغزالى : تلقته الأمة بالقبول ، ولم يظهر أحد فيه طعناً ولا إنكاراً ، فلا يقدح فيه كونه مرسلاً بل لايجب البحث عن إسناده (ينظر : سنن الترمذى - كتاب القضاء - باب ماجاء فى القاضى كيف يقضى ٦٠٧/٣ ، ومسند الإمام أحمد ٢٣٠/٥ : ٢٣٦ وسنن أبى داود كتاب الأقضية - باب إجتهاد الرأى فى القضاء ٣٠٣/٣ ، وتلخيص الحبير ٢٠١/٤ ، وأعلام الموقعين ٢٠٢/١ ، والمستصفى للإمام الغزالى ٢٤٥/٢) .

فهنا يكون الرسول ﷺ أقر معاذاً على ثلاثة أصول للتشريع هي الكتاب والسنة ، والإجتهاد بالرأى ، ولم يأمره بالإستشارة والعمل برأى الجماعة ، وهذا يوهم بحسب ظاهره وجود إختلاف فى الأصول التشريعية وفى المراحل التى يمر بها المجتهد فى إستنباط الأحكام إذ بينما يأمر الرسول عليه السلام علياً بجمع العالمين واستشارتهم بأمر معاذاً بالعمل برأيه وعدم إستشارة العالمين .

<u>وجوابــــــه :</u>

يكمن فى الفرق بين مايذهب معاذاً للقضاء فيه ، ومايسئل عنه علياً - كرم الله وجه - وذلك أن معاذاً يذهب إلى اليمن ليفصل فى الخصومات بين الناس أى فى حوادث جزئية يكفى فى الوصول إلىالحق فيها رأيه ، فإذا أعوذه الرأى القاطع ، فالإستشارة عند العرب أصل من أصول الحكمة، ولايظن بمعاذ أن يعدل عنه عند الحاجة إليه ، وإذا وقع له من الأحداث مايتعلق بشئون الدولة عامة ، ومايخرج عن إختصاصه ، فالمرجع فيه إلى الرسول ﷺ ، وهو لايزال بين ظهرانيهم ، ومن هذا النوع الأخير ماسأله عنه على - كرم الله وجهه - فإنه سأل عن النوازل التى تهم الأمة إذا نزلت بهم بعد رسول اللـه ﷺ ، فأرشده إلى المصدر الثالث، وهو الإستشارة والعمل فيها برأى الجماعة حيث إن ذلك جائز بعد وفاته ، أما فى حياته فإنه لايجوز ، ولهذا السبب كان تصويبه لمعاذاً لأنه أتى بالأدلة التى يمكن العمل بها فى ذلك الوقت .

(٣) أخرج أبو عبيد القاسم بن سلام - فى كتاب القضاء - والدارمى عن ميمون بن مهران أنه قال : كان أبو بكر - رضى الله عنه - إذا ورد عليه الخصم نظر فى كتاب الله ، فإن وجد فيه مايقضى به بينهم ، قضى به ، وإن لم يجد فى الكتاب وعلم به من رسول الله ﷺ فى ذلك الأمر سنة : قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال أتانى كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله ﷺ ، قضى فى ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع النفر كلهم يذكرون عن رسول الله فيه قضاء " .

زاد الدارمى " فيقول أبو بكر الصديق - الحمد لله الذى جعل فينا من يحفظ علينا ديننا " وزاد أبو عبيد " فإن لم يجد سنة سنها النبى ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فإذا اجتمع رأيهم على شئ قضى به ، وكان عمر يفعل ذلك ، فإن أعياه أن يجد ذلك فى الكتاب والسنة سأل : هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء فإن كان لأبى بكر قضاء قضى به وإلا جمع علماء المسلمين واستشارهم : فإذا اجتمع رأيهم على شئ قضى به[١] .

وجه الدلالـــة :

هذا الحديث دل دلالة واضحة على أن الإمام أبا بكر رضى الله عنه كان إذا أراد معرفة حكم الله فى واقعة نظر أولاً فى كتاب الله فإن وجد لها حكماً قضى به ، وإلا نظر ثانياً فى سنة رسول الله ﷺ ، فإن

---

(١) ينظر نيل الأوطار للشوكانى ٥١/٦ ، وسنن الدارمى ٥٨/١ ، طبعة دار إحياء السنة النبوية ، وسنن البيهقى ١١٤/١٠ ، ١١٥ ، وأعلام الموقعين ٦٢/١ ، وحجية السنة أ.د /عبد الغنى عبد الخالق ص ٣٤٥ ، طبعة دار الوفاء بالمنصورة سنة ١٤١٣هـ /١٩٩٣م .

وجد فيها حكماً قضى به ، وإلا جمع لها علماء الناس واستشارهم وأخذ بما أجمعوا عليه ، فتكون مرتبة الإجماع هى الثالثة بعد الكتاب والسنة .

(٤) ذكر سفيان الثورى عن الشيبانى عن الشعبى عن شريح أن عمر كتب إليه : إذا وجدت شيئاً فى كتاب الله فاقض به ، ولاتلتفت إلى غيره، وإن أتاك شيئاً ليس فى كتاب الله فاقض بما سن رسول الله ﷺ ، فإن أتاك ماليس فى كتاب الله ولم يسن رسول الله ﷺ ، فاقض بما أجمع عليه الناس ، وإن أتاك ماليس فى كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فإن شئت أن تجتهد رأيك فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخير إلا خيراً لك[١] وفى رواية البيهقى " ما اجتمع عليه الناس فخذ به "[٢] وذكره ابن القيم بلفظ " فإن لم يكن فأنت بالخيار : فإن شئت أن تجتهد رأيك فاجتهد رأيك ، وإن شئت أن تؤامرنى ولا أرى مؤامرتك إياى إلا خيراً لك والسلام[٣] .

وجه الدلالة :

أن الإمام عمر – رضى الله عنه – قد بين لقاضيه شريحاً الأدلة التى يرجع إليها فى معرفة حكم الواقعة التى تعرض عليه ، ووضع ترتيب هذه الأدلة بأنها الكتاب ثم السنة ثم ما أجمع عليه الناس ، وعلى هذا تكون مرتبة الإجماع هى الثالثة فيما تقدم من روايات عن الإمام عمر .

---

(١) ينظر : سنن النسائى ٢٣١/٨ .

(٢) ينظر : سنن البيهقى ١١٥/١٠ .

(٣) ينظر : أعلام الموقعين ٦٥/١ .

وهناك رواية أخرى عن الدارمى بلفظ " وما يتبين لك فى السنة فاجتهد فيه رأيك واستشر أهل العلم والسلام عليكم " .

المقارنة بين هذه الرواية وغيرها من الروايات الأخرى :

نرى بأن الروايات السابقة على رواية الدارمى تقدم العمل بالإجماع– الذى هو اجتهاد جماعى – فى حالة عدم وجود الحكم فى الكتاب والسنة ، بينما قدم النص الثانى – أى رواية الدارمى – العمل بالرأى وهو إجتهاد فردى .

الراجح فى نظرنـــا :

هو الأول ، لأن رأى الفرد عرضة للخطأ والذلل ورأى الجماعة إلى الحق أقرب ، ولهذا دعا الإمام عمر قاضيه شريحاً إلى التحرج من القول بالرأى ما أمكن ، وظهر ذلك واضحاً فى قوله له " وما أرى التأخير إلا خيراً لك " حتى لايقدم عليه المرء وهو خائف أن يخطئ فيكون عرضة لعدم إصابة الحق .

(٥) قال عبد الرحمن بن زيد أكثروا على عبد الله ذات يوم ، فقال عبدالله : إنه قد أتى زمان ولسنا نقض ، ولسنا هنالك ، ثم إن الله عز وجل قدر علينا : أن بلغنا ماترون ، فمن عرض لكم منه قضاء بعد اليوم ، فليقضى بما جاء فى كتاب الله ، فإن جاء أمر ليس فى كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه ﷺ ، فإن جاء أمر ليس فى كتاب الله ولا قضى به نبيه فليقض بما قضى به الصالحون ، فإن جاء أمر ليس فى كتاب الله ولا قضى به نبيه ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه : ولايقول إنى أخاف

وإنى أخاف ، فإن الحلال بين والحرام بين ، وبين ذلك أمور مشتبهات ، فدع مايريبك إلى مالا يريبك[1] .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث ظاهرة : كتب عمر بن عبد العزيز - رضى الله عنه - إلى عروة بن الزبير كتبت إلى تسألنى عن القضاء بين الناس ، وإن رأس القضاء : إتباع مافى كتاب الله ، ثم القضاء بسنة رسول الله ﷺ ، ثم بحكمة أئمة الهدى ، ثم استشارة ذوى العلم والرأى[2] ذكره ابن عبد البر ، فجميع النصوص السابقة تدل على أن الإجماع يأتى فى المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة .

تعارض الإجماع مع غيره من الأدلة

الأثر المترتب على بيان مرتبة الإجماع من بين مصادر التشريع الإسلامى يظهر فى حالة تعارض الإجماع مع غيره من المصادر ، فأيهما يقدم ؟

هذا وسوف نقتصر فى بيان تعارض الإجماع مع المصادر التشريعية على بيان تعارضه مع نص من الكتاب أو السنة ، وتعارضه مع الإجماع ، أو القياس ، وذلك بحسب ماتسمح به الطاقة ومايسعفنى به الوقت .

---

(1) رواه النسائى وقال هذا الحديث جيد جيد ، وجاء مثله عن عبد الله بن مسعود (ينظر : سنن النسائى ٢٣٠/٨ ط/ دار الهلال الحديث بالقاهرة ، سنة ١٤٠٧هـ/١٩٩٧م ، وسنن الدارمى ٥٩/١) .

(2) ينظر : حجية السنة أ.د/ عبد الغنى عبد الخالق ، ص ٣٥٨ .

أولاً : تعارض الإجماع مع نص من الكتاب أو السنة :

إذا تعارض الإجماع مع نص من الكتاب أو السنة

قال إمام الحرمين :

ولو فرضنا خبراً متواتراً ، وقد انعقد الإجماع على خلافه ، فتصويره عسر ، فإنه غير واقع ولكن على التقدير نقول : لو فرض ذلك فالتعلق بالإجماع أولى ، فإن الأمة لاتجتمع على ضلالة ويتطرق إلى الخبر إمكان النسخ فيحمل الأمر على ذلك قطعاً ولا وجه غيره ونقطع بذلك فإن قيل : الخبر المتواتر من الأدلة القاطعة ، وكذا الإجماع فلما قدمتم الإجماع ؟

قلنا : لأن الخبر عرضة لقبول النسخ ، والإجماع لاينعقد متأخرا إلا على قطع فلا يتصور حصول الإجماع على باطل ، وتطرق النسخ إلى الخبر ممكن فالوجه حمل الإجماع على القطع الكائن ، وحمل الخبر إلى مقتضى النسخ ، والمستحيل حصول الإجماع على حكم مع خبر نص على مناقضته مع الإجماع على أنه - أى الخبر - غير منسوخ فهذا مما لايتصور وقوعه[1] وبمثل ماقال الإمام الجوينى قال الإمام الغزالى والجلال المحلى وغيرهما .

فهذا هو الإمام الغزالى يقول :فى بيان ترتيب الأدلة ، يجب على المجتهد فى كل مسألة أن يرد نظره إلى النفى الأصلى قبل ورود الشرع ، ثم يبحث عن الأدلة السمعية المغيرة ، فينظر أول شئ فى الإجماع ، فإن وجد فى المسألة إجماعاً ترك النظر فى الكتاب والسنة ، فإنهما يقبلان

---

[1] ينظر : التعارض والتراجيح وأثرهما فى الفقه الإسلامى أ.د / محمد الحفناوى ص ١٦٥ .

النسخ والإجماع لايقبله ، فالإجماع على خلاف مافى الكتاب والسنة دليل قاطع على النسخ إذ لاتجتمع الأمة على الخطأ . أ.هـ[1]

ويقول الجلال المحلى : وأنه - أى الإجماع - لايعارضه دليل قطعى ولا ظنى[2] .

ويقول صاحب شرح مسلم الثبوت : الإجماع مرجح ، ومقدم على الكل عند معارضته إياها (أى النصوص) لأنه لايكون منسوخاً بكتاب أو سنة ، ولايكون باطلاً فتعين أن يكون الكتاب أو السنة ، ولو كان متواتراً منسوخاً ، والإجماع كاشف عند النسخ ، فعند الآيتين أو السنتين ، ووجود الإجماع يعمل بما وافقه الإجماع ويجعل ناسخاً لما خالفه ، فقد ترجح بترجيح قطعى ، والكلام فيما لاترجيح فيه ولم يكن هناك الإجماع[3] .

ومن خلال ماتقدم من أقوال العلماء نستطيع أن نقول : إذا تعارض الإجماع مع نص من الكتاب أو السنة قدم الإجماع[4] لما يأتى :

١ - كونه صريحاً قطعياً معصوماً عن الخطأ ، لأن الأدلة أثبتت أن الأمة لاتجتمع على ضلالة وذلك بخلاف النص ، فإنه إن كان من الكتاب جاز أن يكون ظاهراً غير صريح أو مؤولاً فانتفت القطعية فى

---

(١) ينظر : المستصفى للإمام الغزالى ٣٩٢/٢٢ طبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٢٢هـ ، وحجية السنة أ.د/ محمد فرغلى ص ٤٧٨ .

(٢) ينظر : شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ٢٠٠/٢ ، ٢٠١ .

(٣) ينظر : شرح مسلم الثبوت ٤٠١/٢ .

(٤) يجب أن يعلم بأن من قال من العلماء بتقديم الإجماع بجميع أنواعه على جميع الأدلة فإنه يريد بذلك تقديم الإجماع فيما إذا استند إلى كتاب أو سنة ، أما مااستند إلى غيرهما من قياس أو كان منقولاً بخبر الواحد ، وهو ظنى، فيمكن تقديم النص القاطع عليه إذا خالفه (ينظر : حجية الإجماع أ.د/ محمد فرغلى ص ٤٨٠) .

دلالته، وإذا كان من السنن فإن كان متواتراً احتمل مااحتمله القـرآن، وإن كان آحاداً احتمل مع ذلك الظن فى طريقه .

٢ – كونه آمناً من النسخ والتأويل ، بخلاف النص فإنه يحتملهما[١] ، وعلى ذلك لايمكن أن يكون إجماعاً فى أمر يخالف الكتاب والسنة ، ولايتصور ذلك ولم يقع فى التاريخ الإسلامى مايؤيده أو يصح أن يكون مثالاً له .

هذا وقد ذهب بعض العلماء إلى القول بتقديم النص القطعى على الإجماع وقالوا : إن المجتهد يجب عليه أن ينظر أولاً فى الكتاب ومثله السنة المتواترة فإن وجد نص فيهما على حكم المسألة التى يريد حكمها لاينظر إلى دليل آخر ، وعليه إذا وجد تعارض فهو فى الظاهر فقط .

ومن أدلتهم على ذلك :

أن حجية الإجماع إنما تثبت بالنص من الكتاب والسنة فهو – أى النص – أصل الإجماع ، ومن ثم فلا يجوز تقديم الإجماع الذى هو فرع على النص الذى يعتبر أصلاً له[٢] .

وأجيب عن هذا : بأن كون الإجماع فرعاً إنما هو لنصوص مخصوصة لقوله تعالى " ومن يشاقق الرسول " الآية ، وغير ذلك مما يدل على حجية الإجماع لأن الإجماع فرع لجميع النصوص ، ولا النصوص المعارضة لها حتى يلزم تقديم الفرع على الأصل .

---

(١) ينظر : تيسير التحرير ٢٢٨/٣ ، والتقرير والتحبير ٨٥/٣ .

(٢) ينظر : الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادى ٢١٩/١ ، ٢٢١ ، طبعة سنة ١٤٠٠هـ .

التوفيق بين الرأيين :

يمكن التوفيق بين الرأيين – وذلك على تسليم وقوع تعارض بين الإجماع والنص – بأنه يقدم إجماع الصحابة القولى أو السكوتى المنقول نقلاً متواتراً على جميع النصوص ولو قطعية ، وكذا يقدم إجماع الأمة القولى فى أى عصر على غيره وعليه يحمل القول بتقديم الإجماع على النصوص مطلقاً كما ذهب إليه بعض العلماء والذين على رأسهم إمام الحرمين والإمام الغزالى والمحلى وغيرهم .

أما أصحاب الرأى الثانى القائلين بتقديم النص على الإجماع فيحمل قولهم على بعض النصوص بمعنى أن بعض النصوص القطعية يقدم على بعض أنواع الإجماع كالإجماع السكوتى أو القولى المنقول بالآحاد ، وبذلك يقيد إطلاق ماورد منهم من تقديم النص مطلقاً على الإجماع وبهذا يجمع بين الرأيين – والله أعلم – .

ومن أمثلة التعارض الظاهرى بين النص والإجماع مايأتى :

قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة "[1] فالآية عامة فى بيان حكم كل قاذف سواء كان حراً أو عبداً، وذلك لأن كلمة الذين من صيغ العموم فتشمل بعمومها الحر والعبد ولكن الإجماع منعقد على أن العبد يجلد أربعين جلدة ، حيث إن حد العبد دائماً على النصف من حد الحر وعليه فتتعارض الآية مع الإجماع ، غير أنه ممكن الجمع والتوفيق بينهما بجعل الإجماع مخصصاً للعموم الوارد فى

(1) سورة النـــور من الآية (٤) .

الآية ، ويجعل العام مستعملاً فيما عدا مادل الإجماع على خلافه ، وبهذا يوفق بينهما[(١)] .

ثانياً : تعارض الإجماع مع الإجماع :

اختلف العلماء فى ذلك على مذهبين :

المذهب الأول : لايصح أن يقع إجماع ثانى بعد الإجماع الأول :

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

ماروى عنه ﷺ من أخبار تقدم ذكرها .. تفيد عصمة الأمة عن الخطأ عند الإجتماع ، وإذا ثبت هذا يكون الإجماع الثانى المخالف للأول باطلاً إذ ليس بعد الحق إلا الضلال .

ولهذا قال بعض العلماء : إذا انعقد إجماعان متضادان فالمعمول به هو السابق من الاجماعين يعنى اذا تساويا – أما اذا لم يتساويا الاجماعين بأن كان أحدهما مختلفاً فيه ، والآخر متفقاً عليه نقدم المتفق عليه على المختلف فيه[(٢)] .

رأينا فى هذا :

نقول : إنه يجوز فرضاً ان يقع إجماعاً لاحق بعد إجماع سابق ، لكن الإجماع اللاحق إن كان معارضاً للأول كان باطلاً ، لأن من شروط صحة الإجماع أن يكون أهل الإجماع عارفين بمواقع الإجماع السابق

---

(١) ينظر : التعارض والتراجيح وأثرهما فى الفقه الإسلامى أ.د/ محمد الحفناوى ص ١٦٥ طبعة دار الوفاء بالمنصورة .

(٢) ينظر : الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير ص ٢٢٧ ط / السنة المحمدية .

عليهم ، وعليه فإن أجمعوا على خلافه يكون إجماعهم باطل اللهم إلا إذا كان مستند الأول إلى المصلحة وقد تغيرت .

المذهب الثاني :

يصح أن يوجد إجماع بعد إجماع تقدمه إذا لم يصرحوا – أى أهل الإجماع – بأن لايقع إجماع بعدهم ، وهذا مذهب بعض العلماء منهم عبدالله البصرى من المعتزلة .

واستدلوا على ذلك بالآتى :

أن الإجماع الأول مشروط بعدم إجماع بعده ، فإذا طرأ إجماع بعده بطل العمل بالإجماع الأول لانتهائه بإنتهاء شرطه ، فإذا صرحوا بأن لايصلح إجماع بعد إجماعهم لم يصلح بعدهم ، وحيث لم يشترطوا فيصلح أن يوجد إجماع بعد إجماع سابق وهو المطلوب .

ونوقش هذا :

بأن الأدلة الموجبة لحجية الإجماع مطلقة – لم تفرق بين إجماع صرحوا فيه أهله بأن لايصح إجماع بعده ، وبين إجماع لم يصرحوا فيه بذلك – فتقييدها .

لا دليل عليه فيكون باطلاً ، أضف إلى ذلك : أن الشرط لا دليل عليه ، وكل شرط لا دليل عليه لايعتبر ، فشرط عدم جواز إجماع لاحق لإجماع سابق بالتصريح بذلك باطل .

وعلى ذلك يكون المذهب الأول هو الراجح لسلامة أدلتهم عن المعارض والمناقشة وضعف أدلة أصحاب المذهب الثانى والرد عليها[1] .

ثالثاً : تعارض الإجماع مع القياس :

من الظاهر الذى لايحتاج إلى تنبيه أن القياس إذا عارض الإجماع يكون فاسد الاعتبار .

ومن خلال مانص عليه الجراعى نقول : إن الإجماع لايتعارض مع القياس لكون القياس فى معارضته يعتبر فاسداً ، ولايتعارض الفاسد مع الصحيح[2] .

---

(1) ينظر : الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير ص ٢٢٧ ، وشرح طلعة الشمس ٨٥/٢ على الألفية المسماة بالأصول ، وحجية الإجماع أ.د/ محمد فرغلى ص ٤٨٢ ومابعدها .

(2) ينظر : ماسبق من مراجع بنفس الصفحات .

أنواع الإجماع وحجية كل نوع

للإجماع نوعـــان :

١ - إجماع صريـــح

٢ - إجماع سكوتـــى

١ - الإجماع الصريح :

وهو اتفاق جميع المجتهدين على حكم واحد فى المسألة المطروحة بإبداء كل فرد رأيه بالقول أو الفعل .

أما القول فالأمر فيه واضح ، وهو أن يقولوا جميعاً ، أن الحكم فى المسألة الفلانية هو الوجوب أو الندب مثلاً ، وأما الفعل فهو قضاء المجتهد فى الحادثة المطروحة بقضاء أو بفتوى ، ثم يجئ مجتهدٍ ثان تعرض عليه نفس الحادثة أو مثلها ، فيقضى فيها بما قضى الأول ، ثم يجئ ثالث فيفعل ذلك ، وهكذا حتى يصبح الرأى متفقاً عليه من جميع المجتهدين .

٢ - الإجماع السكوتى :

وهو إبداء بعض المجتهدين رأيه فى المسألة المعروضة[١] ، وسكوت الباقين عن موافقته أو مخالفته مع بلوغه لكل منهم ، ومضى مهلة النظر عادة ، أى مضى فترة كافية للبحث وتكوين الرأى .

---

[١] وكذا الفعل : أى إذا فعل واحد من أهل الإجماع فعلاً وعلم به أهل زمانه ولم ينكر عليه أحداً بعد مضى مدة التأمل يكون ذلك اجماعاً منهم على إباحة الفعل ويسمى هذا إجماعاً سكوتياً أيضاً (ينظر : كشف الأسرار على أصول البزدوى ٣/٢٢٧) .

هــذا : وإن بعض العلماء قد سمى الإجماع الصريح عزيمــة ، أى الأمر الأصلى فى الإجماع وسمى الإجماع السكوتى رخصــة ، لأنـه جعل إجماعاً للإحتراز عن نسبة الساكتين إلى الفسق والتقصير فى أمـر الدين ، لأن الساكت عن الحق شيطان أخرس[1] .

الشروط التى يجب توافرها فى الإجماع السكوتى :

لابد فى الإجماع السكوتى من توافر الشروط الآتيــة :

(١) أن يظهر القول أو الفعل وينتشر حتى لايخفى على الساكت .

(٢) أن تمضى مدة التأمل والنظر فى حكم الحادثة . لأن السـكوت وتـرك الإنكار قبل مضى مدة التأمل حلال شرعاً فـلا يـدل علـى الرضـا – ومدة التــأمل تختلـف بـاختلاف الحـوادث ، ففـى بعضـها تكفـى المـدة القصيرة ، وفى بعضها لابد من مدة طويلة للبحث .

(٣) أن يكـون تـرك الـرد والإنكـار فـى غيـر حالـة التقيـة ، لأن الرضــاء وترك النكير فى حالة التقية أمر معتاد ، بل أمــر مشـروع رخصــة ، فلا يدل ذلك على الرضا .

(٤) أن يكون قبل أن تستقر المذاهب[2] .

حجية الإجماع الصريــح :

اختلف العلماء فى حجية الإجماع الصريح على مذهبين :

المذهب الأول :

ذهب أكثر العلماء إلى أن الإجماع الصريح حجة .

---

[1] ينظر : المرجع السابق .

[2] ينظر : تيسير التحرير ٢٤٦/٣ ، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ٢٢٨/٣ ، ومسلم الثبوت ٢٣٢/٢ .

المذهب الثانى :

وذهب بعض الشيعة ، وبعض الخوارج ، والنظام من المعتزلة إلى عدم حجيته ولم يقتصروا على هذا الإجماع فى عدم حجيته بل أنكروا حجية الإجماع بنوعيه .

الأدلـــــــــة :

أولاً : أدلة أكثر العلماء :

استدل أكثر العلماء على حجية الإجماع الصريح بأدلة منها :

١ - **قوله تعالى** "واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا "[١] .

وجه الدلالـــة :

أن اللـه سبحانه وتعالى نهى عن التفرق بقولـه تعالى ((ولاتفرقوا)) ومخالفة الإجماع مخالفة منهياً عنها ، وإذا كانت المخالفة منهياً عنها تكون حراماً ، لأن النهى يقتضى الحرمة وإذا كانت حراماً كان الإجماع حجة ، لأنه لو لم يكن حجة لما كانت مخالفته حراماً .

٢ - **قولـه تعالى :** " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم "[٢]

---

(١) سورة آل عمران من الآيـــة (١٠٣) .

(٢) سورة النساء من الآيـــة (٥٩) .

وجه الدلالة :

أن طاعة أولى الأمر واجبة بصريح الآية ، والأمر معناه الشأن ، فالآية توجب طاعة أولى الشأن ، وهو عام يشمل الشأن الدينى والشأن الدنيوى ، فأولى الأمر فى الدين يجب طاعتهم كما يجب طاعة ولاة الأمر فى الدنيا ، فاذا أجمع ولاة الأمر الدينى وهم المجتهدون على رأى وجب اتباعه بنص القرآن الكريم ، ولايكون هذا الإجماع واجب الاتباع إلا إذا كان حجة[1] .

٣ - قوله ﷺ " لاتجتمع أمتى على ضلالة "[2] .

٤ - قوله ﷺ " ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن "[3] .

فهذان نصان صريحان فى حجية الإجماع .

---

(١) ينظر : التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازى ٣٥٧/٣ طبعة

(٢) سبق تخرجه فى ص ٣ .

(٣) رواه الإمام أحمد فى كتاب السنة وليس فى مسنده كما وهم عن ابن مسعود " بلفظ " إن الله نظر فى قلوب العباد فاختار محمداً صلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته . ثم نظر فى قلوب العباد فاختار له أصحاباً ، فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه ، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، ومارآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح " وهو موقوف وحسن .

وأخرجه البزاز والطبرانى والبيهقى فى الاعتقاد عن ابن مسعود أيضاً ، وقال الحافظ بن الهادى ، روى مرفوعاً عن أنس باسناد ساقط ، والاصح عن ابن مسعود .

(ينظر : كشف الخفاء للعجلونى ٢٦٣/٢ طبعة التراث الاسلامى حلب ، ومجمع الزوائد للهيثمى ١٧٧/١ ، ١٧٨ طبعة دار الكتاب العربى ، بيروت) .

ثانياً : أدلة أصحاب المذهب الثانى :

استدل بعض الشيعة ومن وافقهم على عدم حجية الإجماع بنوعيه بما يأتى:

١ - هو أن النبى ﷺ لما أرسل معاذاً إلى اليمن قال كيف تصنع إن عرض لك قضاء قال : اقضى بما فى كتاب الله قال فإن لم يكن فى كتاب الله ؟ قال : أجتهد رأيى ولا آلو قال معاذ : فضرب رسول الله ﷺ صدرى وقال الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله[١] .

وجه الدلالـــة :

أن النبى ﷺ لما سأل معاذا عن الأدلة التى يستند إليها فى قضائه لم يذكر الإجماع ، وقد أقره رسول الله ﷺ على ذلك بقوله: الحمد لله الذى وفق رسول الله ، فلو كان الإجماع دليلاً يصح الاعتماد عليه فى التشريع لما أقره النبى عليه السلام مع الحاجة الماسة إليه فى القضاء .

ونوقش هذا :

بأن الإجماع ، اتفاق مجتهدى الأمة ... بعد وفاته ﷺ أما فى حياته فلا إجماع ، لأنه ﷺ هو المصدر فى معرفة حكم الله فيما يقع من حوادث[٢] .

---

(١) تقدم تخريجه فى ص ٢٦ .

(٢) ينظر : الإحكام للآمدى ٢٩١/١ .

الرأى الراجح فى نظرنا :

مما سبق يتضح لنا رجحان الرأى القائل بحجية الإجماع الصريح لقوة أدلة أصحابه التى استندوا إليها ، ومناقشة أدلة خصومهم بما يجعل دعواهم عارية عن الدليل والدعوى المدعمة بالدليل خير من العارية عنه .

حجية الإجماع الصريح عند القائلين به بين القطيعة والظنية :

ذهب بعض الحنفية منهم الدبوسى وشمس الأئمة : إلى أن حجية الإجماع الصريح قطعية ، أى أنه يكون مفيداً للحكم على سبيل القطع واليقين لكن بشرط أن ينقل إلينا نقلاً متواتراً ، أما إذا نقل إلينا بطريق الآحاد ، فإنه يكون مفيداً للحكم على سبيل الظن[١] .

وقال جماعة منهم الرازى والآمدى : أنه لايفيد إلا الظن[٢] .

وقال البزدوى وجماعة من الحنفية : الإجماع مراتب ، فإجماع الصحابة مثل الكتاب والخبر المتواتر ، وإجماع من بعدهم بمنزلة المشهور من الأحاديث ، والإجماع الذى سبق فيه الخلاف فى العصر السابق بمنزلة خبر الواحد ، واختار بعضهم فى الكل أنه يوجب العمل لا العلم فهذه مذاهب أربعة[٣] . أ.هـ

(١) ينظر : إرشاد الفحول للإمام الشوكانى ص ١٤٥ .

(٢) ينظر : الإحكام للآمدى ١/١٧٢ .

(٣) ينظر : كشف الأسرار على أصول البزدوى ٣/٢٦١ ، والتقرير والتحبير ٣/٨٣ .

حجية الإجماع السكوتى :

اختلف العلماء فى حجية الإجماع السكوتى على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أن الإجماع السكوتى إجماعاً وحجة ، وبه قال أكثر الحنفية والمالكية وأحمد وبعض الشافعية وجماعة من أهل الأصول[1].

المذهب الثانى :

ويرى أن الإجماع السكوتى ليس إجماع ولا حجة ، وبه قال طائفة من العلماء منهم داود الظاهرى وابنه ، والمرتضى وأبو عبدالله ، واختاره القاضى الباقلانى وعزاه إلى الشافعى[2] .

الأدلـــــة :

استدل أصحاب هذا المذهب بما يأتى :

قالوا إن سكوت العلماء فى مثل ذلك يظن منه الموافقة عادة ، لأن النطق من كل أهل الفتوى متعذر ، والمعروف أن الذى يتولى الفتوى الكبار ويسلم الباقون .

ولهذا قال الإمام السرخسى :

أنه لو شرط لإنعقاد الإجماع التنصيص من كل واحد منهم على قوله وإظهار الموافقة مع الآخرين لأدى إلى أن لاينعقد الإجماع

---

(1) ينظر : فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ٢٣٢/٢ ، والإحكام للآمدى ٢١٤/١ ، وأحكام الفصول للباجى ص ٤٧٣ ومابعدها ، وروضة الناظر ص ١٣٤ .

(2) ينظر : المنخول للإمام الغزالى ص ٣١٨ تحقيق د/ محمد حسن هيتو ، والبرهان لإمام الحرمين ٧٠١/١ .

أبداً ، لأنه لايتصور اجتماع أهل العصر كلهم على قول يسمع ذلك منهم إلا نادراً ، وفي العادة إنما يكون ذلك بانتشار الفتوى من البعض وسكوت الباقين[1] أ.هـ

ثانياً أدلة أصحابِ المذهب الثانى :

استدل أصحاب هذا المذهب بما يأتى :

قالوا إن سكوت باقى المجتهدين كما يدل على الموافقة يدل على عدم الموافقة فى الرأى إذ يجوز أن يكون منشأ السكوت خوف الضرر أو مهابة القائل ، أو أنه لم يجتهد فى المسألة المطروحة ، فالسكوت لايدل على الرضا والموافقة .

ونوقش هـذا :

بأن الغالب كون سكوت الباقين للموافقة ، أما احتمال كون السكوت لأمر آخر فذلك بعيد ، فالسلف الصالح كان لايخشى فى الله لومة لائم ، فهذا معاذ بن جبل يرد على عمر بن الخطاب حين أراد جلد الحامل التى ثبت زناها ويقول له : إن جعل الله لك على ظهرها سبيلاً ، فلن يجعل لك على مافى بطنها سبيلاً ، وحينئذ يرجع عمر إلى قول معاذ ويقول : لولا معاذ لهلك عمر[2] .

---

[1] ينظر : أصول السرخسى ٣٠٥/١ تحقيق أبو الوفا الأفغانى ط بيروت لبنان سنة ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م.

[2] ينظر : أصول الفقه أ.د/ محمد زكريا البرديسى ص ٢٢٢ طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٨٣.

٢ – بحديث ذى اليدين[1] وفيه أنه لما قال : أقصرت الصلاة أم نسيت يارسول الله نظر رسول الله ﷺ إلى أبى بكر وعمر – رضى الله عنهما – وقال : احق مايقول ذو اليدين .

وجه الاستدلال :

أنه لو كان السكوت دليل على الموافقة لاكتفى به رسول الله ﷺ : ولما استنطقهم فى الصلاة من غير حاجة ، فدل ذلك على أن السكوت ليس رضا ، فلا يكون إجماعاً ولا حجة .

ونوقش هذا :

بأن سكوتهم كان اكتفاء منهم بكلام ذى اليدين ، لأنهم كانوا مثله فى أنهم لايدرون أيهما وقع ، فلما نفى ذلك بقوله : كل ذلك لم يكن وطلب منه الجواب كان لهم الكلام[2] .

---

(1) رواه أبو هريرة ولفظه " عن أبى هريرة – رضى الله عنه – قال : صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وصلاة العصر ، فسلم من ركعتين ، فقام إلى خشبة معروضة فى المسجد فاتكأ عليها كأنه غضبان ، ووضع يده اليمنى على اليسرى ، وشبك بين أصابعه ووضع خده الأيمن على ظهر كفه اليسرى ، وفى القوم أبو بكر وعمر – رضوان الله عليهما – فهاباه أن يكلماه ، وفى القوم رجل فى يده طول يقال له ، ذو اليدين قال يارسول الله : أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فقال : كل ذلك لم يكن فقال : قد كان بعض ذلك ، فأقبل على الناس فقال : أصدق ذو اليدين ؟ قالوا : نعم فتقدم فصلى ماترك ثم سلم ، ثم كبر وسجد سجوده أو أطول ، ثم رفع رأسه ، وكبر ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع وكبر . وقال : عمران بن حصن ثم سلم (ينظر : مصباح السنة للإمام البغوى ٧٠/١) .

(2) ينظر : أصول السرخسى ٣٠٧/١ .

وبهذا يتبين لنا أن المذهب الأول هو الراجح لقوة أدلته . لكن يجب أن ننبه ههنا على أمر وهو أن أصحاب هذا المذهب اختلفوا فى نوع الحجية :

فذهب غالب الحنفية : إلى أن الإجماع السكوتى حجة قطعية ، لأن الأدلة التى نطقت بحجية الإجماع لم تفرق بين الإجماع الصريح والإجماع السكوتى وذهب الكرخى من الحنفية والآمدى من الشافعية إلى أن الإجماع السكوتى حجة ظنية لأن السكوت يحتمل أن يكون للموافقة أو لأمر آخر ، ومع هذا الاحتمال لايفيد الإجماع السكوتى يقين بل يفيد الظن[1] .

﴿ إنكار حكم الإجماع ﴾

قال بعض الأصوليين :

إنكار حكم الإجماع القطعى – أى الصريح – المنقول إلينا بطريق التواتر كإجماع الصحابة ، فانه يكون كفراً ، لأن إنكاره يتضمن إنكار دليل قاطع وهو يتضمن إنكار صدق الرسول ﷺ وذلك كفر ، أما إذا نقل إلينا بطريق الآحاد أو كان إجماعاً سكوتياً فلا يحكم بكفر منكر هذه الأنواع وقالت طائفة : ليس بكفر ، لأن دليل حجية الإجماع ليس قطعياً فيكون ظنياً فلا يفيد العلم وإنكار ماهو كذلك ليس بكفر ، وفصل بعض العلماء فقال : إن كان الحكم المجمع عليه من ضروريات الدين بحيث يشترك الخاصة والعامة فى معرفته كتحريم السرقة والزنا ، فإنكاره كفر ، أما إن

---

[1] ينظر : الإحكام للآمدى ٢٥٥/١ ، وأصول الخضرى ص ٢٧٤ ، ط دار الفكر ، ونهاية السول ٣٨٦/٢.

كان الحكم المجمع عليه مما تنفرد الخاصة بمعرفته كاشراك بنت الإبن مع البنت فى السدس تكملة للثلثين ، وتقديم القاطع على المظنون وما إلى ذلك، فإنكاره لايكون كفراً قال الشيخ محمد الخضرى : وإطلاق القول بتكفير منكر حكم الإجماع ليس بصحيح وقال إمام الحرمين : فشافى لسان الفقهاء أن خارق الإجماع يكفر ، وهو باطل قطعاً ، فإن منكر أصل الإجماع لايكفر ، والقول فى التكفير ليس بالهين ، نعم من اعترف بالإجماع ، وأقر بصدق المجمعين فى النقل ، ثم أنكر ما أجمعوا عليه كان هذا التكذيب آيلاً إلى الشرع ومن كفر الشارع كفر ، والقول الضابط فيه : أن من أنكر طريقاً فى ثبوت الشرع لم يكفر ، ومن اعترف بكون الشئ من الشرع ثم جحده كان منكر للشرع ، وإنكار جزء من الشرع كإنكاره كله ، وهو كلام وجيه[1] . أ.هـ

---

[1] ينظر فيما سبق : كشف الأسرار على أصول البزدوى ٢٦٦/٣ ، وأصول الشيخ الخضرى ص ٢٧٤ ومابعدها.

﴿ نتائج البحث ﴾

بعد إلقاء الضوء على بيان مرتبة الإجماع من بين مصادر التشريع الإسلامى يتضح لنا ما يأتى :

١ - أن الإجماع مصدر هام من مصادر التشريع الإسلامى يأتى فى المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة .

٢ - مع تعدد وسائل الإعلام والإتصال بين دول العالم الإسلامى والتى منها نظام الإنترنت "ENTERNET" فى هذا الوقت من الزمن لايكاد تحدث فيه واقعة فى أقصى الأماكن إلا وتعم جميع أرجاء المعمورة ومن هنا يمكن لجميع المجتهدين فى أنحاء العالم أن يقطعوا برأى فيما يطرح من أمور وحينئذ يصلون فيها إلى رأى سديد يجمعون عليه – ومن هذا المنطلق يدرك المتقول على هذا المصدر من مصادر التشريع بأن الحق ليس فى جانبه – وإنا نهيب بمجمع البحوث الاسلامية أن يوالى هذا الأمر (الإجماع) اهتماماً حتى لايترك الناس حيارى لايعرفون بعض أحكام معاملتهم ، وفى مصر رائدة العالم الإسلامى علماء الأزهر الشريف .

هذا ونطلب من الله العلى القدير أن نكون قد وفقنا فيما قصدنا فشكراً لله على ما أنعم وهو حسبنا ونعم الوكيل .

﴿ أهم مراجع البحث ﴾

أولاً : القرآن الكريم :

ثانياً : كتب السـنة :

١ - سنن ابن ماجه للإمام أبى عبد الله ابن ماجه القزوينى ، ت سنة ٢٧٥هـ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ، ط / دار الفكر ، بيروت .

٢ - سنن أبى داود للإمام سليمان الأشعث ، ت ٢٧٥هـ ، تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد ، ط / المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

٣ - سنن البيهقى الكبرى للإمام أحمد بن الحسين البيهقى ، ت ٤٥٨هـ ، ط / دار المعرفة ، بيروت .

٤ - سنن الترمذى للإمام أبى عيسى الترمذى ، ت ٢٩٩٧هـ ، ط / مصطفى الحلبى .

٥ - سنن الدارمى للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى ، ت ٢٢٥هـ، ط / دار الفكر ، بيروت .

٦ - سنن النسائى للإمام أبى عبد الرحمن بن شعيب النسائى، ت ٣٠٣هـ، ط/ دار الكتب العلمية ، بيروت .

٧ - صحيح البخارى للإمام محمد بن إسماعيل البخارى ، ت ٢٥٦هـ ، ط / مطابع الشعب .

٨ - كشف الخفاء للعجلونى ، ط / التراث الإسلامى ، حلب .

ثالثاً : كتب الأصول ومراجع أخرى :

٩ - البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجوينى ، ت ٤٧٨هـ ، ط / دار الأنصار بالقاهرة .

١٠- التوضيح لمتن التنقيح لصدر الشريعة ، ط / صبيح .

١١- التقرير والتحبير على متن التحرير لابن أمير الحاج ، ت ٨٧٩هـ ، ط / دار الكتب العلمية ، بيروت .

١٢- الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين الآمدى ، ت ٦٣١هـ ، ط/ مؤسسة الحلبى للنشر والتوزيع .

١٣- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن على الشوكانى ، ت ١٢٥٠هـ ، تحقيق أبى مصعب محمد سعيد البدرى ، ط / مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤١٢هـ .

١٤- أصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى ، ت ٤٩٠هـ ، ط / دار المعرفة ، بيروت ، سنة ١٤١٤هـ .

١٥- أصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير، ط/ دار التأليف بالقاهرة.

١٦- أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ، ط / دار الفكر ، الطبعة السابعة ، سنة ١٤٠١هـ .

١٧- أصول الفقه أ.د / سلامة مدكور ، ط / دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م .

١٨- أصول الفقه أ.د/ محمد زكريا الرديسى ، ط / دار الثقافة للنشر ، سنة ١٩٨٣م .

١٩- الكوكب المنير بشرح مختصر التحرير ، ط / السنة المحمدية .

٢٠- المحصول فى أصول الفقه لمحمد بن عمر بن الحسين الرازى ، ت ٦٠٦هـ ، تحقيق د/طه فياض ، ط / الطبعة الأولى ، سنة ١٩٧٩م ، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود .
٢١- المنخول للإمام محمد الغزالى ، تحقيق د/ محمد حسن هيتو .
٢٢- المستصفى من علم الأصول لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى ، ت ٥٠٥هـ ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٢٣- الموافقات فى أصول الشريعة للإمام أبى إسحاق الشاطبى ، ت ٧٩٠هـ ، ط / محمد على صبيح .
٢٤- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفى شرح كتاب مختصر التحرير لكمال الدين بن الهمام ، ت ٨٦١هـ ، ط / مصطفى الحلبى .
٢٥- جمع الجوامع مع حاشية البنانى نتاج الدين السوكى ، ت ٧٧١هـ ، ط/ مؤسسة دار العلوم للطباعة والنشر ، الدوحة - قطر .
٢٦- حجية الإجماع أ.د/ محمد محمود فرغلى ، ط / دار الكتاب الجامعى بالقاهرة ، سنة ١٩٧١م .
٢٧- شرح الأسنوى للإمام جمال الدين بن عبد الرحيم الأسنوى ، ت ٧٧٢هـ ، ط / محمد على صبيح .
٢٨- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب للقاضى عضد الملة والدين الإيجى ، ت ٧٥٦هـ ، مراجعة د/ شعبان محمد إسماعيل ، ط / الكليات الأزهرية ، سنة ٣٩٤هـ .
٢٩- شرح مسلم الثبوت لمحب الله ابن عبد الشكور ، ت ١١١٩هـ ، ط/ دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان مع المستصفى .

٣٠- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى للإمام علاء الدين ابن عبد العزيز بن أحمد البخارى ، ط / دار الكتاب العربى ، بيروت .
٣١- منتهى السول فى علم الأصول للآمدى ، ط / على صبيح وأولاده بالقاهرة .

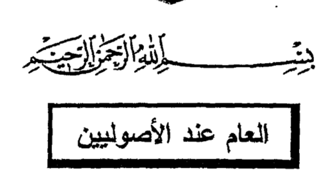
رابعاً : كتب اللغة :

٣٢- المصباح المنير للفيومى ، ط / بيروت - لبنان .
٣٣- المعجم الوسيط ، ط / دار المعارف .
٣٤- لسان العرب لإبن منظور ، ط / دار المعارف بمصر .
٣٥- مختار الصحاح ، ط / دار المعارف بمصر .

محتويات البحث

بحث فى
العام عند الأصوليين

إعـــداد
دكتور / منتصر محمد عبد الشافى



العام عند الأصوليين

الحمد لله رب العالمين ، نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، انه من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشدا .

وأصلى وأسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعـــــــد ...

فقد اهتم علماء أصول الفقه بموضوع " أوجه وطرق الدلالات وكيفية افادتها للأحكام " باعتبارها وسيلة المجتهدين فى استنباط الأحكام وفق ضوابط وقواعد يؤمن بواسطتها الوصول إلى الحكم منسوباً نسبة صحيحة إلى الشرع الحكيم " .

وان مبحث " اللفظ العام " من أهم مباحث أقسام اللفظ ، من حيث كيفية دلالته على المعنى الموضوع له ، وهو مما يحتاج إلى فهمه الدارس والمجتهد ، للوقوف على مناهج الاستنباط وتقرير الأحكام ، أو للاستنباط بالفعل .

وسنقتصر هنا على أهم مواضيع العام التى لها ارتباط بمناهج الاستنباط وبناء الأحكام ، ولها فى ذات الوقت أثر فى الواقع الاجتهادى والعملى ، ولذا احتاج البحث إلى ذكر الأمثلة لبيان أثر الخلاف فى مسائل العام فى النصوص الشرعية .

والهدف من البحث عرض موضوع " العام " كما هو فى كتب أصول الفقه ، مع اسناد الآراء إلى أصحابها حسب المذاهب المعتبرة ، بعد تحوير عبارته واستخلاص الراجح من مسائله عند الخلاف .

وفى ذات الوقت الربط بين النظر والتطبيق بالأمثلة ، وبيان أثر الخلاف ما أمكن .

ولقد قسمت هذا البحث إلى أربعة عشر مبحثاً :

المبحث الأول : تعريف العام فى اللغة وفى الإصطلاح .

المبحث الثانى : ألفاظ العموم .

المبحث الثالث : دلالة العام .

المبحث الرابع : ثمرة الخلاف فى دلالة العام .

المبحث الخامس : أقسام العام .

المبحث السادس : تخصيص العام .

المبحث السابع : العام بعد التخصيص .

المبحث الثامن : العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

المبحث التاسع : هل يعمل بالعام قبل البحث عن المخصص؟.

المبحث العاشر : عموم المقتضى .

المبحث الحادى عشر : ترك الاستفصال فى حكاية الحال .

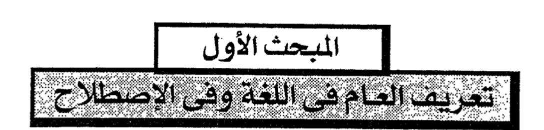
المبحث الثانى عشر : الخطاب الخاص بالرسول صلى الله عليه وسلم هل يتناول الأمة وعكسه .

المبحث الثالث عشر : المخاطب هل يدخل فى عموم خطابه .

المبحث الرابع عشر : جمع المذكر السالم هل يتناول الاناث ؟.

دكتور

منتصر محمد عبد الشافى



العام فى اللغة :

مأخوذ من العموم ، وهو الشمول ، يقال : عم المطر البلاد إذا شملها ، وعمهم العدل والصلاح : أى شملهم ، وعم الخصب : أى شمل البلاد أو الأعيان[١] .

والعام فى اصطلاح الأصوليين :

اختلف علماء الأصول فى تعريف العام ، فمنهم من عرفه بأنه : اللفظ المستغرق لجميع مايصلح له من غير حصر[٢] .

ومنهم من عرفه بأنه : اللفظ الواحد الدال من جهة واحدة على شيئين فصاعداً[٣] .

ومنهم من عرفه بأنه : لفظ يستغرق الصالح له من غير حصر[٤] .

---

(١) لسان العرب لابن منظور - باب العين - مادة عم ٣١١٢/٤ ، طبعة دار المعارف ، المصباح المنير - كتاب العين - مادة عم ص ١٦٣ ، طبعة بيروت - لبنان ، أصول السرخسى ١/٢٥ ، طبعة أولى سنة ١٩٩٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ارشاد الفحول للشوكانى ص ١١٢ ، طبعة أولى ، مطبعة مصطفى الحلبى .

(٢) البحر المحيط للإمام الزركشى ٣/٥ طبعة ثانية ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م ، دار الصفوة بالغردقة .

(٣) المستصفى للإمام الغزالى ٣٢/٢ ، طبعة ثانية دار الكتب العلمية ، بيروت .

(٤) حاشية العطار على جمع الجوامع ٥٠٥/١ - ٥٠٦ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .

ومنهم من عرفه بأنه : اللفظ الموضوع وضعاً واحداً دالاً على كثير غير محصور ، مستغرق جميع مايصلح له[1] .

وذلك مثل قوله سبحانه وتعالى "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما"[2] ، فلفظ السارق هنا عام يشمل كل سارق ، ولايدل على الحصر فى عدد معين .

ومثل كلمة " الرجال " فهو لفظ عام لدلالته من حيث وضعه فى اللغة على شمول جميع أفراده وآحاده دفعة واحدة .

ومن هذا يتبين لنا : أن العام يستغرق جميع مايصلح له ، وموضوع لكثير غير محصور ، ومستغرق لافراده دفعة واحدة ، والمراد بكونه دفعة واحدة : اخراج اللفظ الموضوع لعدد كثير غير محصور ، لكنه يدل عليه على سبيل البدل ، لا دفعة واحدة ، كلفظ " رجال " فاذا قلت: رأيت رجالاً ، فلا يفيد اللفظ انك رأيت كل من هو رجل ، بالرغم من أن اللفظ يشمل كل رجل الا أن شموله له على سبيل البدل ، لا الشمول دفعة واحدة .

(1) الاحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١٨١/٢ ، طبعة سنة ١٩٦٧م ، دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة ، شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ٩٩/٢ ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٧٤م ، كشف الأسرار للإمام البخارى ٣٣/١ – طبعة دار الكتاب العربى ، بيروت ، سنة ١٩٧٤م ، ارشاد الفحول للشوكانى ص ١١٢ .

(2) سورة المائدة من الآية ٣٨ .

وكذلك إذا كان اللفظ يستغرق أفراده لا بوضع واحد ، بل بأوضاع متعددة فانه لايكون من قبيل العام ، بل من قبيل المشترك كلفظ "العين" فانه يدل على العين الباضرة ، والجارية ، والجاسوس ، والنقدين ، لكن دلالته وان كانت لمتعدد لكنها بأوضاع متعددة ، وأحوال متعددة فى حين أن العام دل على أفراده المتعددة بوضع واحد ، ودفعة واحدة .

مقارنة بين التعاريف :

لو نظرنا إلى التعريفات السابقة للعام نجد أنها لم تسلم من الاعتراض عليها ، حيث أن التعريف الأول وردت فيه عبارة " لجميع مايصلح له " أى يصلح له اللفظ العام " كمَنْ " فى العقلاء دون غيرهم ، و " كلّ " بحسب مايدخل عليه ، لا أن عمومه فى جميع الأفراد مطلقاً .

إذاً يكون هذا التعريف : قاصراً العموم على الأفراد الصالحين دون غيرهم .

أما التعريف الثانى : فيخرج منه لفظ المعدوم والمستحيل فإنه عام ومدلوله ليس بشئ ، وأيضاً الموصولات مع صلاتها من جملة العام وليست بلفظ واحد .

وأيضاً هذا التعريف : يدخل فيه كل مثنى مع أنه ليس بعام .

وأما التعريف الثالث : فقد ورد عليه مثل ماورد على التعريف الأول ، فلا داعى لتكراره .

والذى يترجح هو تعريف الإمام الرازى فى المحصول حيث قال : العام هو : اللفظ المستغرق لجميع مايصلح له بحسب وضع واحد[1] .

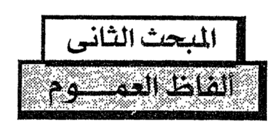
---

[1] المحصول للإمام الرازى ٣٥٣/١ ، ط / أولى سنة ١٩٨٨م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

يؤيد ذلك ماذكره الشوكانى فى إرشاد الفحول حيث قال : وإذا عرفت ماقيل فى حد العام علمت أن أحسن الحدود المذكورة هو ماقدمنا عن صاحب المحصول ، لكن مع زيادة قيد " دفعة " ، فالعام هو : اللفظ المستغرق لجميع مايصلح له بحسب وضع واحد دفعة[١] .

---

[١] إرشاد الفحول للشوكانى ص ١١٣ .



ألفاظ العموم عند جمهور العلماء خمسة[1] :

أولاً : كل وجميع ، وهذه الألفاظ تفيد العموم فيما يضافان اليه .

فمثال كل : قوله سبحانه وتعالى "كل نفس ذائقة الموت "[2] ، وقوله تعالى "كل امرئ بما كسب رهين " [3] .

ومثال جميع : جميع طلبة الأزهر مسلمون ، وجميع من يأتنى أكرمه .

ومثل هذه الألفاظ فى افادة العموم " كافة " ، " وقاطبة " و "عامة".

ثانياً : ألفاظ الجموع المعرفة بأل التى هى للجنس ، أو للإضافة ، سواء كان جمعاً سالماً أو جمع تكسير .

فالأولى : كلفظ " المحصنات " فى قوله سبحانه وتعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة " [4] .

---

(١) المستصفى للغزالى ٣٥/٢ - ٣٦ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١٠٢/٢ ، الاحكام للآمدى ١٨٣/٢ ، كشف الأسرار ٢/٢ ، فصول الأصول لخلفان بن جميل ص ١٤٦ ، طبعة وزارة التراث القومى والثقافة بعمان سنة ١٩٨٢ ، ارشاد الفحول ص ١١٦ ، أصول الفقه للبرديسى ص ٣٩٩ ، مطبعة دار الثقافة القاهرة ١٩٨٢ ، أصول الفقه الاسلامى لزكى الدين شعبان ص ٢٦٨ ، مطبعة دار نافع للطباعة والنشر .

(٢) سورة آل عمران من الآية ١٨٥ .

(٣) سورة الطور من الآية ٢١ .

(٤) سورة النور من الآية ٤ .

وقولـــــه " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء "[1] ، وقولـــــــــه " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين "[2] .

فلفظ المحصنـات ، والمطلقـات ، والوالـدات ، كلهـا تفيـد الشـمول والاستغراق لمسماها .

والثانية : كلفظ " أمهاتكم " فى قوله سبحانه وتعالى : " حرمت عليكم أمهاتكم " [3] ، وقولـه " نسـاؤكم حرث لكم " [4] ، وقولـه " يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين "[5] .

فلفظ أمهـــاتكم ، ونســاؤكم ، وأولادكــم ، جمــوع مضافــة شــاملة ومستغرقة لمسماها .

ومثل الجمع اسم الجمع : كقوم ورهط .

مثال قوم : بدد الله قوماً على معصية الله اجتمعوا .

ومثال رهط : رضى الله عن رهط استقاموا .

---

(1) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

(2) سورة البقرة من الاية ٢٣٣ .

(3) سورة النساء من الآية ٢٣ .

(4) سورة البقرة من الآية ٢٢٣ .

(5) سورة النساء من الآية ١١ .

وذهب بعض الأصوليين إلى أن الجمع المنكر يفيد العموم أيضاً ، مثل قولهم : رجال ومشركون وزيدون كما قال سبحانه وتعالى " وقالوا مالنا لانرى رجالاً كنا نعدهم من الأشرار "[١] .

وبهذا قال الإمام الغزالى ، والجبائى ، والبزدوى ، وطائفة من الحنفية[٢] .

ثالثاً : الأسماء الموصولة وأسماء الشرط وأسماء الاستفهام :

أما الأسماء الموصولة : فمثل قوله سبحانه وتعالى : " ولله يسجد من فى السموات والأرض "[٣] ، وقوله " وذروا مابقى من الربا "[٤] ، وقوله "وأحل لكم ماوراء ذلكم "[٥] ، وقوله : " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين "[٦] ، وقوله " واللائى يئسن من المحيض من نسائكم "[٧] .

---

(١) سورة ص آية ٦٢ .

(٢) المستصفى للإمام الغزالى ٣٦/٢ ، المحصول للإمام الرازى ٣٨٧/٢ ، كشف الأسرار ٣/٢ ، تيسير التحرير لمحمد أمين ٢٠٥/١ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، الاحكام للآمدى ١٩١/٢ .

(٣) سورة الرعد من الآية ١٥ .

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٧٨ .

(٥) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(٦) سورة النور آية ٦ .

(٧) سورة الطلاق من الآية ٤ .

فإن لفظ " من " ، و " ما " و " الذين " و " اللائى " من الأسماء الموصولة ، وهى عامة تشمل كل ماذكرت بصدده .

وأما أسماء الشرط : فكقوله سبحانه وتعالى " فمن شهد منكم الشهر فليصمه "[1] ، فان لفظ " من " فيه اسم شرط وهو عام يفيد أن كل من شهد الشهر من المكلفين يجب عليه الصوم .

ومثل قوله سبحانه وتعالى : " وماتفعلوا من خير يعلمه الله "[2] . فان لفظ " ما " فيه اسم شرط وهو عام يفيد أن كل مايصدر عن الانسان من الخير يعلمه الله .

وأما أسماء الاستفهام : فكقوله سبحانه وتعالى : " من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له "[3] .

فمن هنا أفادت العموم ، فيضاعف الأجر لكل من يقرض الله قرضاً حسناً ، وكقوله " متى نصر الله "[4] .

---

(1) سورة البقرة من الآية ١٨٥ .

(2) سورة البقرة من الاية ١٩٧ .

(3) سورة الحديد من الآية ١١ .

(4) سورة البقرة من الاية ٢١٤ .

رابعاً : المفرد المعرفة بأل والاضافة : مثل قوله سبحانه وتعالى " لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم "[1] ، وقوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما"[2].

فلفظ " الصيد " ، " والسارق " ، " والسارقة " مفرد محلى بالألف واللام التى هى للجنس ، فيعم .

وقد يكون المفرد مضافاً فيعم أيضاً : مثل قوله سبحانه وتعالى "وان تعدوا نعمة الله لاتحصوها "[3] فنعمة مفرد مضاف الى لفظ الجلالة فيعم كل نعمة .

وكقوله ﷺ فى شأن البحر " هو الطهور ماؤه " ، الحل ميتته "[4] فان كلمة " ميتته " مفردة وهى مضافة الى الضمير العائد الى البحر ، فتدل على حل ميتة البحر مهما اختلفت أنواعها وتعددت أصنافها .

---

(1) سورة المائدة من الآية ٩٥ .

(2) سورة المائدة من الاية ٣٨ .

(3) سورة ابراهيم من الاية ٣٤ .

(4) رواه الامام أبو داود ، والترمذى ، والنسائى ، وابن ماجة عن أبى هريرة وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح – سنن ابى داود – كتاب الطهارة – باب الوضوء بماء البحر ٢١/١ ، طبعة دار احياء السنة النبوية ، سنن الترمذى – أبواب الطهارة باب ماجاء فى ماء البحر أنه طهور ١٠٠/١ – ١٠١ ، سنن النسائى بشرح الجلال كتاب الطهارة – باب ماء البحر ٥٠/١ طبعة دار الكتب العلمية بيروت، سنن ابن ماجة – كتاب الطهارة – باب الوضوء بماء البحر ١٣٦/١ ، دار احياء الكتاب العربية للحلبى .

خامساً : النكرة فى سياق النفى أو النهى أو الشرط :

أما النكرة فى سياق النفى فمثل قول النبى ﷺ "لاوصية لوارث"[1] فان كلمة " وصية " نكرة وهى واقعة بعد النفى فتفيد العموم ، وأن كل وصية للوارث يشملها هذا الحكم ، وهو عدم الجواز .

وكقوله ﷺ " لا ربا الا فى ربا النسيئة "[2] فان كلمة " ربا " نكرة وهى واقعة بعد النفى فتفيد العموم فى كل ربا .

وأما النهى : فكقوله سبحانه وتعالى " ولا تصل على أحد منهم مات أبداً "[3] فكلمة " أحد " نكرة وقعت بعد " لا " الناهية فأفادت العموم ، وشمول كل واحد من المنافقين المقصودين بالآية .

---

(1) رواه الامام البيهقى والترمذى والامام أحمد وابن ماجة عن مجاهد السنن الكبرى - كتاب الوصايا - باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين الوارثين ٢٦٤/٦ ، ط / دار المعرفة بيروت ، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى ٣٧٥/٨ ، دار الكتب العلمية بيروت ، مسند الامام أحمد ٢٣٨/٤ ، دار صادر بيروت ، سنن ابن ماجة - كتاب الوصايا - باب لا وصية لوارث ٩٠٥/٢ .

(2) اخرجه الامام البخارى وابن ماجة والامام أحمد عن اسامة بن زيد بلفظ " انما الربا فى النسيئة " فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، كتاب البيوع - باب ٧٩ بيع الدينار بالدينار نساء ٣٨١/٤ - طبعة دار المعرفة بيروت ، سنن ابن ماجة - كتاب التجارات - باب من قال لا ربا الا فى النسيئة ٧٥٩/٢ - مطبعة عيسى الحلبى ، مسند الامام احمد ٢٠٠/٥ ، ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ، طبعة دار صادر بيروت .

وأما حديث أسامة " لا ربا الا فى النسيئة " فقد قال قائلون : انه منسوخ . صحيح مسلم بشرح النووى - باب الربا ٢٥/١١ ، دار الكتب العلمية بيروت .

(3) سورة التوبة من الآية ٨٤ .

وأما الشرط : فكقوله سبحانه وتعالى " وان أحد من المشركين استجارك فأجره "[1] ، فكلمة " أحد " نكرة واقعة بعد " ان " الشرطية ، فأفادت العموم والشمول لكل مشرك .

أما اذا وردت النكرة فى سياق الاثبات ، فلا تكون من ألفاظ العموم، كقوله سبحانه وتعالى " ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة "[2] فلفظ "بقرة " هنا نكرة فى سياق الاثبات ، فلا افاده فيه للعموم .

هذه هى صيغ وألفاظ العموم المتفق عليها عند جمهور العلماء ، ولكن وقع خلاف محصور فى ثلاث مسائل ، حكاه الامام الغزالى :

الأولى : الفرق بين المعرف والمنكر ، فقال الجمهور لا فرق بين قولنا : اضربوا الرجال ، وبين قولنا : اضربوا رجالا ، واقتلوا المشركين واقتلوا مشركين .

وقال قوم : يدل المنكر على جمع غير معين ولا مقدر ، ولايدل على الاستغراق ، واستظهر الامام الغزالى هذا الرأى .

الثانية : اختلفوا فى الجمع المعرف بالألف واللام ، كالسارقين والمشركين ، والفقراء ، والمساكين ، والعاملين ، فقال قوم : هو للاستغراق .

---

[1] سورة التوبة من الآية ٦ .

[2] سورة البقرة من الآية ٦٧ .

وقال قوم : هو لأقل الجمع ، ولايحمل على الاستغراق الا بدليل ، والأول أقوى وأليق بمذهب أرباب العموم ، وذلك : لعموم فائدته ، ولدلالة اللفظ عليه ، يؤيد ذلك ماذكره الامام الزركشي بعد أن حكى خلاف العلماء في الألف واللام إذا دخلت على جمع ... وظاهر كلام أكثر الأصوليين أنها: تحمل على الاستغراق ، لعموم فائدته ، ولدلالة اللفظ عليه[1] .

الثالثة : الاسم المفرد اذا دخل عليه الألف واللام ، كقولهم : الدينار خير من الدرهم ، فمنهم من قال : هو لتعريف الواحد فقط ، وذلك في تعريف المعهود .

وقال معظم الأصوليين : هو للاستغراق . وقال قوم منهم الزمخشري يصلح للواحد وللجنس ولبعض الجنس ، فهو مشترك .

وذهب قوم الى التوقف ، وقالوا : ان جميع هذه الألفاظ مشتركة ، ولم يبق منها شئ للاستغراق ، حتى كل ، وكلما ، وأى ، والذى ، ومن ، وما[2] .

والراجح : هو قول معظم الأصوليين ، لقول الزركشي والصحيح ماذهب إليه العامة بدليل قوله تعالى " إن الإنسان لفى خسر "[3] والمراد به كل الجنس بدليل استثناء المؤمنين منه ، وكذلك قوله تعالى " لقد خلقنا

---

(1) البحر المحيط للزركشي ٨٨/٣ .

(2) المستصفى للامام الغزالي ٣٧/٢ ، المسودة في أصول الفقه ص ١٠٣ ، البحر المحيط ١٠٢/٣ .

(3) سورة العصر آية ٢ .

الإنسان فى أحسن تقويم "[1] إلى قوله " إلا الذين آمنوا "[2] وقوله تعالى "إن الإنسان خلق هلوعاً " [3] إلى قوله " إلا المصلين "[4] واستثناء المصلين دال على الاستغراق[5] .

---

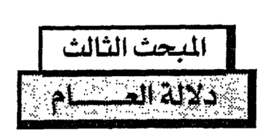
(1) سورة التين آيـة ٤ .

(2) سورة التين من الآية ٧ .

(3) سورة المعارج آية ١٩ .

(4) سورة المعارج آية ٢٢ .

(5) البحر المحيط ١٠٢/٣ .



العام نوعان " عام دخله التخصيص ، وعـام بـاق علـى عمومـه لـم يدخله التخصيص .

أما العام الذى دخله التخصيص ، فلا نزاع بين العلماء فى أنه يـدل علـى الأفـراد الباقيـة بعـد التخصيص علـى سـبيل الظـن لا القطـع ، لأن التخصيص لايكون الا بدليل يدل عليه ، والغـالب فـى الدليـل الـذى - يـدل على التخصيص أن يكون معللاً ، وهذه العلة قد تتحقق فـى بعض الأفـراد الباقية بعد التخصيص ، فتكون محتملة لخروجها عن دلالـة العـام ، ومـع قيام هذا الاحتمال لاتكون دلالة العام علـى الأفـراد الباقيـة بعـد التخصيـص قطعية بل ظنية .

وأما العام الباقى على عمومه ولم يدخله التخصيص فـلا نـزاع بين العلماء أيضاً فى أنه يدل على جميع الأفراد التى يتحقـق فيها معنـاه ، وأن الحكم الوارد عليه يكون ثابتاً لجميع مايتناوله من الأفراد .

وانما النزاع بينهم فى صفة هذه الدلالة هل هـى دلالـة قطعيـة فـى الاستغراق والشمول أم ظنية ؟ .

فقال جمهور الأصوليين ومنهم الامام الشافعى : ان دلالة العام على أفراده ظنية ، فالدلالة ظاهرة فى العموم ، وليست نصا يفيد القطع .

وقال جمهور الحنفية : ان دلالة العام على أفراده قطعية مالم يخصص منه البعض ، فان خص البعض كانت دلالته على الباقى ظنية .

قال السرخسى : " المذهب عندنا أن العام موجب للحكم فيما يتناوله قطعاً ، بمنزلة الخاص موجب للحكم فيما تناوله ، يستوى فى ذلك الأمر والنهى والخبر ، الا فيما لايمكن اعتبار العموم فيه لانعدام محله ، فحينئذ يجب التوقف الى أن يتبين ماهو المراد به ببيان ظاهر بمنزلة المجمل"[(١)].

وقال الجصاص : " مذهب أصحابنا القول بالعموم فى الأخبار والأوامر جميعاً[(٢)] .

وقال الكمال بن الهمام وشارحه محمد أمين : " أكثر الحنفية من جمهور العراقيين وعامة المتأخرين أنه قطعى ، بل قال عبد القادر البغدادى : انه مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، وقواه فخر الاسلام البزدوى[(٣)].

وقد استدل الامام الشافعى والجمهور لقولهم : بأن اللفظ العام يكثر تخصيصه حتى قيل : ما من عام الا ودخله التخصيص ، وهو فى هذه الحال لاتكون دلالته على استغراق وشمول أفراده قطعية .

---

(١) أصول السرخسى ١٣٢/١ .

(٢) الفصول فى الأصول ١٠١/١ .

(٣) تيسير التحرير ٢٦٧/١ .

قال الامام الشافعي : " العام مجرى على عمومه ، موجب للحكم فيما يتناوله ، مع ضرب شبهة فيه ، لاحتمال أن يكون المراد به الخصوص ، فلا يوجب الحكم قطعاً ، بل على تجوز أن يظهر معنى الخصوص فيه لقيام الدليل "[1] .

وقال أيضاً : " فانما خاطب الله بكتابه العرب بلسانها .. فيخاطب بالشئ منه عاماً ظاهراً يراد به الظاهر .. وعاماً ظاهراً يراد به العام ويدخله الخاص .. وعاماً ظاهراً يراد به الخاص "[2] .

واستدل الحنفية : بأن ألفاظ العموم استعملها العرب للدلالة على العام ، وماوضع لمعنى كان هذا المعنى حقيقة فيه ، فاذا أطلق اللفظ انصرف الى ماوضع له ، مالم يقم دليل على تخصيصه وقصره على بعض أفراده .

وأما احتمال التخصيص الذى ذكره جمهور الأصوليين فانه يظل مجرد احتمال خال عن الدليل ، فلا ينافى كون اللفظ قطعياً فى مراده ، كما أن اللفظ الخاص ذاته والمتفق على أنه قطعى فى دلالته يحتمل التأويل والمجاز ، ومع هذا الاحتمال لايقال ان دلالته ظنية ، بل هو قطعى الدلالة، فاذا ورد دليل التخصيص فلا خلاف حينئذ فى أن دلالته على مابقى من أفراده ظنية [3] .

---

[1] أصول السرخسى ١٣٢/١ .

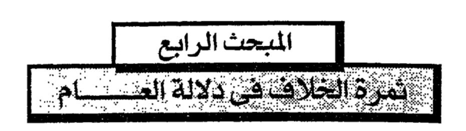
[2] الرسالة للامام الشافعى ص ٥١ – ٥٢ ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، ط ثانية ، ١٩٧٩م ، دار التراث القاهرة.

[3] فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢٦٥/١ مع المستصفى – طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، أصول السرخسى ١٣٥/١ ، كشف الأسرار ٢٩١/١ .

والذى يترجح هنا هو قول الجمهور لقوة دليلهم ، ولأن استخدام ألفاظ العموم فى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ولغة العرب يشير إلى ظنية العام من حيث دلالته ، فلا يمكن القول أن الأصل فى دلالته أن يكون قطعياً ، إذ هو محتمل للتخصيص ، بل غالب أمره أن يكون مخصوصاً .

كما لايصح القول : ان ماذكره جمهور الأصوليين هو مجرد احتمال للتخصيص ، فان مجرد الاحتمال الناشئ عن دليل كاف فى اثبات ظنية العام .

وعلى هذا فتكون دلالة العام الذى لم يدخل التخصيص على الاستغراق والشمول ظنية ، وهو المطلوب .



يتفرع على الخلاف بين العلماء فى قطعية العام الذى لم يدخله التخصيص ، اختلافهم فى أمرين مهمين لهما أثر كبير فى استنباط الأحكام.

أحدهما : *فى حكم تخصيص عام القرآن بخاص خبر الآحاد والقياس .*

وثانيهما: *فى تعارض العام مع الخاص .*

أولاً : تخصيص عام القرآن بخاص خبر الآحاد والقياس :

اختلف علماء الأصول فى جواز تخصيص عام القرآن بخبر الآحاد والقياس إلى أربعة أقوال :

القول الأول : انه يجوز تخصيص عام القرآن باللفظ الخاص من خبر الآحاد والقياس ، وإلى هذا ذهب جمهور الأصوليين .

واستدلوا على ذلك : بأن عام القرآن ظنى من حيث دلالته ، وان كان قطعياً من حيث ثبوته ، وخبر الآحاد وانْ كان ظنياً من حيث ثبوته ، إلا أن دلالته قطعية باعتباره خاصاً ، فيجمع بينهما بجواز تخصيص عام القرآن بخبر الآحاد .

وكذلك القياس وهو ظنى إذا عارض عام القرآن ، لأنه ظنى من حيث الدلالة فتعارض الدليلان ، فيجمع بينهما بجواز التخصيص[1] .

القول الثانى : انه لايجوز تخصيص عام القرآن باللفظ الخاص من خبر الآحاد والقياس ، وإلى هذا ذهب جمهور الحنفية .

واستدلوا على ذلك : بأن عام القرآن قطعى من حيث ثبوته ودلالته، وخبر الآحاد ظنى من حيث ثبوته ، وان كانت دلالته قد تكون قطعية . وكذلك القياس لأن دلالته ظنيـــة .

وحيث ثبت أن كلا من خبر الآحاد والقياس ظنى ، فلا يجوز تخصيص عام القرآن بهما ، لأن القطعى لايصح تخصيصه بالظنى[2] .

القول الثالث : التفصيل ، وهو لبعض الأصوليين ، وهؤلاء اختلفوا فيما بينهم : فذهب عيسى بن أبان إلى أنه ان كان عموم القرآن قد خص بدليل مقطوع به جاز تخصيصه بخبر الواحد ، وإلا فلا .
وذهب الكرخى : إلى أنه إن كان قد خص بدليل منفصل لا متصل جاز تخصيصه بخبر الواحد ، وإلا فلا .

استدل الإمام الرازى لهذا القول فقال : فأما قول عيسى بن أبان والكرخى فمبنيان على حرف واحد وهو : ان العام المخصوص عند عيسى مجاز ، والعام المخصوص بالدليل المنفصل مجاز عند الكرخى ،

---

(1) المحصول للإمام الرازى ٤٣٢/١ ومابعدها ، الاحكام للآمدى ٣٠١/٢ .

(2) أصول السرخسى ١٣٣/١ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٤٩/١ .

وإذا صار مجازاً صارت دلالته مظنونة ، ومتنه مقطوعاً ، وخبر الواحد : متنه مظنون ، ودلالته مقطوعة : فيحصل التعادل .

فأما قبل ذلك : فإنه حقيقة فى العموم فيكون قاطعاً فى متنه ، وفى دلالته ، فلا يجوز أن يرجح عليه المظنون[1] .

القول الرابع : الوقف[2] ، والى هذا ذهب القاضى أبو بكر الباقلانى.

واستدل على ذلك بأنه : يقع التعارض فى ذلك القدر الذى دل العموم على إثباته والخصوص على نفيه ، ويجرى اللفظ العام من الكتاب فى بقية مسمياته ، لأن الكتاب أصله قطعى ، وفحواه مظنون ، وخبر الواحد عكسه فيتعارضان ، فلا رجحان ، فيجب الوقف[3] .

والقول الراجح : هو القول الأول لقوة أدلته ، ولقول الامام الزركشى : ولكن الصحيح الجواز ، لإجماع الصحابة عليه فى مسائل[4].

وانبنى على الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف فى بعض الفروع الفقهية منها :

١ - يحرم عند الحنفية الأكل من ذبيحة المسلم إذا ترك التسمية عمداً لعموم قوله سبحانه وتعالى " ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه "[5] فهو نهى يقتضى التحريم ، وهو عام باق على عمومه فيشمل حرمة الأكل من

---

(1) المحصول للإمام الرازى ٤٣٦/١ .

(2) الاحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٣٠١/٢ ، المحصول للإمام الرازى ٤٣٢/١ ، ارشاد الفحول ص ١٥٨.

(3) البحر المحيط للزركشى ٣٦٧/٣ - ٣٦٨ .

(4) البحر المحيط ٣٦٨/٣ .

(5) سورة الأنعام من الآيــة ١٢١ .

كل ما لم يذكر اسم الله عليه عند ذبحه عمداً كان أو نسياناً[1] ، ونظراً لقطعيته لايجوز تخصيصه بخبر الآحاد والقياس ، لأنهما ظنيان فلا يعمل بهما مع القطع .

ويحل عند الشافعية الأكل ، لأن عموم الآية مخصوص بخبر الآحاد ، وهو قول النبى ﷺ " ذبيحة المسلم حلال ، سمى أو لم يسم مالم يتعمد "[2] .

وأيضاً : مخصوص بقياس العامد على الناسى ، فان من نسى التسمية حال الذبح حلت ذبيحته بالاجماع ، فتحل ذبيحته عامداً بالقياس على الناسى[3] .

٢ - تخصيص قوله سبحانه وتعالى : " يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثين "[4] بقول النبى ﷺ " لا يرث القاتل "[5] وبقوله ﷺ

---

[1] غير أنهم أجازوا الأكل من الذبيحة إذا تركت التسمية عليها نسياناً ، إذ أنهم اعتبروا الناسى ذاكراً حكماً فهو ليس بتارك ذكر اسم الله تعالى ، لأن الشارع الحكيم أقام فى هذه الحالة الملة مقام الذكر بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين الكاسانى ٤٦/٥ - ٤٧ طبعة دار الكتاب العربى ، بيروت .

[2] رواه أبو داود فى مراسيله بلفظ " ذبيحة المسلم حلال ، ذكر اسم الله عليها أم لم يذكر " ورجاله موثوقون - سبل السلام شرح بلوغ المرام للشيخ محمد الصنعانى ١٤١٣/٤ رقم ١٢٦٢ طبعة دار الجيل بمصر .

[3] مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى ٢٧٢/٤ ، مطبعة عيسى الحلبى .

[4] سورة النساء من الآية ١١ .

[5] رواه الترمذى ، وابن ماجة ، والدارمى ، وابن تيمية عن الليث عن اسحاق بن عبد الله عن الزهرى عن حميد عن عبد الرحمن عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ " القاتل لايرث " .

قال أبو عيسى : هذا حديث لايصح لايعرف الا من هذا الوجه ، واسحاق بن عبد الله بن أبى فروة قد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل ، والعمل على هذا عند أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل ، والعمل على هذا عند أهل الحديث أن القاتل لايرث كان القتل عمداً أو خطأ ، وقال بعضهم : اذا كان القتل خطأ=

" لايتوارث أهل ملتين شتى " [1] .

وقوله سبحانه وتعالى " حرمت عليكم الميتة " [2] عام خصصه قول النبي ﷺ " هو الطهور ماؤه الحل ميتته "[3] ، وقوله سبحانه وتعالى "وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين "[4] عام خصصه قوله ﷺ " لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها "[5] [6] .

= فانه يرث ، وهو قول مالك . سنن الترمذى كتاب الفرائض – باب ماجاء فى ابطال ميراث القاتل ٤٢٥/٤ ، سنن ابن ماجة – كتاب الفرائض – باب ميراث القاتل ٩١٣/٢ ، سنن الدارمى كتاب الفرائض – باب ميراث القاتل ٣٨٤/٢ ، منتقى الأخبار لابن تيمية ، باب القاتل لايرث ٤٧٣/٢ ، ط ثانية ، سنة ١٩٧٩م ، دار الفكر .

[1] رواه أبو داود عن عبد الله بن عمرو – سنن أبي داود – كتاب الفرائض – باب هل يرث المسلم الكافر ١٢٦/٣ رقم ٢٩١١ – طبعة دار إحياء السنة النبوية .

وروواه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ " لايتوارث أهل ملتين " – سنن ابن ماجة كتاب الفرائض – باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ٩١٢/٢ .

[2] سورة المائدة من الآية ٣ .

[3] رواه الامام أبو داود ، الترمذى ، النسائى ، وابن ماجة عن أبى هريرة ، وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح – سنن ابى داود – كتاب الطهارة – باب الوضوء بماء البحر ٢١/١ ، سنن الترمذى – أبواب الطهارة – باب ماجاء فى ماء البحر أنه طهور ١٠٠/١ – ١٠١ ، سنن النسائى بشرح الحلال – كتاب الطهارة – باب ماء البحر ٥٠/١ ، كتاب المياه – الوضوء بماء البحر ١٧٦/١ طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنن ابن ماجة ، كتاب الطهارة – باب الوضوء بماء البحر ١٣٦/١ .

[4] سورة النساء من الآية ٢٤ .

[5] أخرجه الامام البخارى ومسلم والترمذى عن أبى هريرة – فتح البارى بشرح صحيح البخارى – كتاب النكاح – باب لاتنكح المرأة على عمتها ١٦٠/٩ ، صحيح مسلم بشرح النووى – كتاب النكاح – باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها فى النكاح ٥٦٤/٣ – ٥٦٥ ، سنن الترمذى – كتاب النكاح – باب ماجاء لاتنكح المرأة على عمتها أو خالتها ٤٢٤/٣ .

[6] الاحكام للآمدى ٣٠١/٢ ، التبصرة ص ١٣٣ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٥١/١ .

ويرى الحنفية : أن ما أورده الجمهور من أحاديث هي من السنة المستفيضة أو المشهورة ، وهي تخصص عام القرآن ، أو مما ثبت بالاجماع ، أو أنه من العام الذى ثبت خصوصه بدليل قطعى ، فصارت دلالته ظنية ، فجاز تخصيصه بدليل ظنى[1] ، كما فى قوله سبحانه وتعالى " وأحل لكم ماوراء ذلكم "[2] فان " ما " لفظ عام يشمل المشركات وغيرهن، ولكن خص بقوله سبحانه وتعالى " ولاتنكحوا المشركات "[3] فصار بعد هذا التخصيص قابلاً للتخصيص بدليل ظنى ، كخبر الآحاد من مثل قول النبى ﷺ " لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها "[4] .

ثانياً : تعارض العام مع الخاص :

إذا دل لفظ العام على حكم معين ، ودل لفظ الخاص على خلاف هذا الحكم ، فهل يحكم بالتعارض بينهما أولاً ؟ وإذا اعتبر التعارض فهل يشمل ذلك كل مادل عليه لفظ العام ، أم يقتصر على ما عارض لفظ الخاص ؟ .

(1) أصول السرخسى ١٤٢/١ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٥٢/١ .
(2) سورة النساء من الآيـة ٢٤ .
(3) سورة البقرة من الآيـة ٢٢١ .
(4) أصول الفقه لمحمد أبى زهرة ص ١٥٥ – طبع دار الثقافة العربية للطباعة بمصر .

اختلف الأصوليون فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه إذا تعارض لفظان عام وخاص فيبنى العام على الخاص [١] ، سواء علم المتقدم منهما أو لم يعلم ، وسواء علمت المقارنة بينهما أو لم تعلم ، وسواء كان العام متفقاً عليه والخاص مختلفاً فيه[٢] ، والى هذا ذهب جمهور الأصوليين منهم الإمام الغزالى والرازى والبيضاوى .

واستدلوا على ذلك بما يلى :

١ – أن الخاص أقوى من العام ، وذلك لأن الخاص يتناول الحكم بخصوصه على وجه لا احتمال فيه ، والعام يتناوله على وجه محتمل ، لأنه يجوز أن يكون المراد به غير ماتناوله الخاص بخصوصه ، فوجب أن يقدم عليه ، فهو أولى .

٢ – أن الأدلة انما ترد للاستعمال وبناء الأحكام عليها ، وبناء العام على الخاص فيه اعمال للدليلين معاً ، وتقديم العام على الخاص فيه أعمال للعام ، وأهمال للخاص ، واعمال للدليلين أولى من اهمالهما ، أو اهمال أحدهما [٣] .

---

[١] احكام الفصول فى أحكام الأصول للإمام الباجى ص ١٦٠ – طبعة أولى سنة ١٩٨٩م بيروت ، ارشاد الفحول للشوكانى ص ١٦٣ ، طبعة أولى مطبعة مصطفى الحلبى .

[٢] المستصفى للإمام الغزالى ١٠٢/٢ ، الابهاج فى شرح المنهاج ١٧٩/٢ ، مكتبة الكليات الأزهرية ، احكام الفصول فى احكام الأصول ص ١٦٠ ، المحصول للإمام الرازى ٤٤١/١ ، ارشاد الفحول ص ١٦٣ .

[٣] احكام الفصول للباجى ص ١٦١ ، اللمع للشيرازى ص ١٩ ، مطبعة مصطفى الحلبى ، المحصول ٤٤١/١ ، ارشاد الفحول ص ١٦٣ .

القول الثانى : انه لايقضى على العام بالخاص ، بل يتعارض الخاص وماقابله من العام ، والى هذا ذهب بعض المتكلمين ، وبعض أهل الظاهر ، وأبو بكر الأشعر ، والدقاق[١] .

واستدلوا على ذلك : بأن العام المتفق على استعماله أقوى من الخاص المختلف فيه ، فوجب تقديمه عليه .

وأجيب على ذلك : بأنا لانسلم أن العام متفق على استعماله فى العذر الذى يقابله من الخاص[٢] .

القول الثالث : التفصيل فيما إذا تعارض العام والخاص ، وعلم المتقدم منهما ، أو علمت المقارنة ، أو جهلت ، وإلى هذا ذهب الحنفية .

قال عبد العزيز البخارى : إذا ورد العام والخاص فى حادثة وعرف تاريخهما ، كان الثانى ناسخاً ان كان هو العام ، ومخصصاً ان كان هو الخاص ... وان لم يعلم تاريخهما يجعل العام آخراً للاحتياط ، وكذلك الحكم إذا كان العام متفقاً عليه ، والخاص مختلفاً فيه ، فيجب تقديم العام المتفق عليه[٣] .

فان علمت المقارنة فنقول بالتخصيص ، فما دل عليه الخاص لايطبق فيه مادل عليه حكم العام ، ويطبق حكم العام على ما بقى بعد التخصيص .

---

(١) اللمع للشيرازى ص ١٩ ، احكام الفصول ص ١٦١ ، ارشاد الفحول ص ١٦٣ ، التبصرة ص ١٥١ .

(٢) احكام الفصول ص ١٦٢ ، التبصرة ص ١٥١ .

(٣) كشف الأسرار للبخارى ٢٩٢/١ ، ارشاد الفحول ص ١٦٣ ، احكام الفصول ص ١٦١ .

فان جهلت المقارنة أو التقدم والتأخر فيتوقف حينئذ ، وهذا خلاف ماعليه الجمهور حيث يعتبرون الخاص مخصصاً للعام مطلقاً .

واستدل الحنفية : بما روى عن ابن عباس – رضى الله عنهما – أنه قال : " كنا نأخذ أوامر رسول الله ﷺ الأحدث فالأحدث "[1] .

وجه الاستدلال : أن الأخذ بالأحدث فالأحدث يعنى أن المتأخر أولى من المتقدم[2] ، وهذا انما يكون ينسخ المتأخر للمتقدم ، فان علمت المقارنة فلا نسخ لتخلف شرط تأخر الناسخ ، فيكون الحكم حينئذ هو التخصيص لأن فيه اعمالاً للدليلين ، الخاص فيما يتناوله ، والعام فى الباقى بعد التخصيص ، وأما فى حال الجهل بالتاريخ ، فيتوقف ، لأن كلا من الخاص والعام قطعى ، فيتساقط الدليلان .

أجيب عن هذا : بأن الأخذ بالأحدث فالأحدث انما يكون حسب مايقتضيه ، والذى يقتضيه هو القدر الذى بقى معه التخصيص[3] .

والقول الراجح هو قول الجمهور ، وذلك لقوة دليلهم ، لاسيما وأن الحنفية يعتبرون دلالة الخاص وكذا العام ، ويخالفهم غيرهم فى العام ، فالخاص متفق عليه بين العلماء ، والعام مختلف فيه ، وقول ابن عباس لايعنى ماذهبوا إليه فحسب ، لما يترتب عليه من تبعيض الأحكام ، فى

---

(1) رواه الإمام مسلم عن ابن عباس – صحيح مسلم بشرح النووى – جواز الصوم والفطر فى شهر رمضان للمسافر ٢٢٩/٧ – ٢٣١ .

(2) المحصول للإمام الرازى ٤٤٢/١ – ٤٤٤ .

(3) التبصرة للشيرازى ص ١٥٤ .

حين أن الجمع بينهما ممكن ، ببناء العام على الخاص ، فان كان الخبران خاصين أو عامين احتمل الأخذ بالأحدث فالأحدث ، ولعل هذا هو مراد الخبر .

ويترتب على هذا الخلاف بين الجمهور والحنفية بعد الآثار فى الفروع الفقهية منها :

اشتراط ملك النصاب لوجوب الزكاة فى الزروع والثمار وعدم اشتراطه حيث قال الشافعية – وهم من الجمهور – باشتراطه ، فلا تجب الزكاة عندهم الا اذا بلغ الزرع الناتج من الأرض خمسة أو سق[1] .

وقال الحنفية : بعدم اشتراطه فتجب الزكاة عندهم فى كل مايخرج من الأرض قليلاً كان أو كثيراً .

والسبب فى هذا الاختلاف يرجع الى وجود حديثين فى هذه المسألة :

أحدهما عام : وهو قول النبى ﷺ " ماسقته السماء ففيه العشر ، وماسقى بالنضح نصف العشر "[2] فانه شامل لكل مايخرج من الأرض

---

[1] الوسق مكيال مخصوص ويقدر بعشر كيلات مصرية ، فالخمسة أو سق تبلغ خمسين كيلة بالكيل المصرى ، وهى مقدار نصاب الزكاة فى الزروع عند الجمهور من الفقهاء .

[2] أخرجه الإمام البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى بروايات مختلفة عن سالم بن عبد الله ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى – كتاب الزكاة – باب العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجارى ٣٤٧/٣ ، صحيح مسلم بشرح النووى – كتاب الزكاة – مافيه العشر أو نصف العشر ٥٤/٧ – دار الكتب العلمية بيروت ، سنن أبى=

قليلاً كان أو كثيراً ، ومقتضى هذا العموم وجوب العشر أو نصفه فى الزروع والثمار بدون تفرقة بين القليل والكثير .

وثانيهما خاص : وهو قول الرسول ﷺ " ليس فيما دون خمسة أو سق صدقة "[1] فانه لايشمل القليل من الزروع والثمار وهو ماكان أقل من خمسة أو سق ، ومقتضى هذا ألا يجب العشر فى الزروع والثمار التى تكون أقل من خمسة أو سق ، ويجب في الخمسة ومايزيد عليها .

فيترتب على ذلك : اختلاف بين الحديثين فى الزروع والثمار التى تكون أقل من خمسة أو سق ، فالحديث الأول يدل على وجوب الزكاة فيها، والحديث الثانى يدل على نفى هذا الوجوب .

فالشافعية : ساروا على أصلهم فقدموا الخاص على العام وعملوا بموجبه وقالوا : لازكاة فيما دون خمسة أو سق[2] ، لأن دلالة الخاص قطعية ، فلا يعارض العام ، لأن دلالته ظنية .

= داود كتاب الزكاة – باب صدقة الزرع ١٠٨/٢ – دار احياء السنة النبوية ، سنن الترمذى – كتاب الزكاة – باب صدقة الزروع والثمار ٥٨٠/١ – طبعة عيسى الحلبى .

[1] رواه الإمام البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن أبى سعيد الخدرى – فتح البارى رقم ١٤٥٩ ٣٧٨/٣ ، وباب ليس فيما دون خمسة أو سق صدق رقم ١٤٨٤ ٤١٠/٣ ، صحيح مسلم – كتاب الزكاة ٦٧٤/٢ – ٦٧٥ ط / عيسى الحلبى ، سنن أبى داود – كتاب الزكاة – باب ماتجب فيه الزكاة رقم ١٥٥٨ – ١٥٥٩ ٩٤/٢ ، سنن الترمذى – كتاب الزكاة – باب ماجاء فى صدقة الزرع والثمر والحبوب رقم ٦٢٦ ١٣/٣ ، سنن النسائى – كتاب الزكاة – باب زكاة الورق ٢٦/٥ ، سنن ابن ماجة – كتاب الزكاة – باب ماتجب فيه الزكاة من الأموال رقم ١٧٩٣ ٥٧١/١ .

[2] مغنى المحتاج للشربينى ٣٨٢/١ .

والحنفيةُ ساروا أيضاً علــى أصلهم فقالوا : ان العام والخاص قد تعارضا فى الزروع والثمار التى تكون أقل من خمسة أو سق ، ولم يعلم تاريخ ورودهما ، فيعمل بالراجح منهما ، والعام هو الراجح ، لأنه يفيد وجوب الزكاة فى الزروع والثمار التى تكون أقل من خمسة أو سق[1]، والخاص ينفى هذا الوجوب ، والاحتياط فى الوجوب فيترجح مايدل عليه وهو العام .

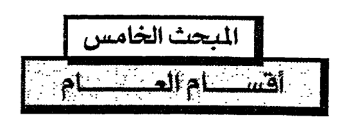
والذى يترجح هو قول الجمهور ، لقوة دليلهم ، ولأن مادل عليه الخاص متفق على قطعيته عند الفريقين ، ولا يؤثر على هذه الدلالة تقدم الخاص على العام ، خصوصاً وأنه يمكن العمل بالدلالتين حتى مع تقدم الخاص ، فلا فرق والحال هذه بين أن يكون المتقدم الخاص أو العام ، لضرورة أن دلالة الخاص قطعية لا احتمال معها ، فيبنى العام على الخاص فى كل حال .

ولذا قال أبو اسحاق الشيرازى : " اذا لم يتقدم الخاص ، قضى به على العام ، لأنه يتناول الحكم بصريحه من غير احتمال ، والعموم يتناوله مع الاحتمال ، وهذا المعنى موجود فيه ، وان تقدم الخاص ، فوجب أن يقضى به "[2] .

---

(1) بدائع الصنائع للكاسانى ٥٩/٢ ، طبعة دار الكتاب العربى بيروت ، ط / ثانية سنة ١٩٨٢م .

(2) التبصرة فى أصول الفقه للشيرازى ص ١٥٣ - دار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٠هـ .



ينقسم العام فى القرآن الكريم إلى خمسة أقسام ، ويرجع هذا التقسيم إلى وجود قرينة مع العام أو عدم وجودها .

القسم الأول : العام الذى يدل على العموم قطعاً ، وهو الذى اصطحب بقرينة تنفى احتمال تخصيصه[1] ، مثل قوله سبحانه وتعالى "الله خالق كل شئ وهو على كل شئ وكيل "[2] ، وقوله تعالى " خلق السموات والأرض "[3] ، وقوله تعالى " وما من دابة فى الأرض الا على الله رزقها"[4] ، قال الشافعى : فهذا عام لا خاص فيه ، فكل شئ من سماء وأرض وذى روح وشجر وغير ذلك ، فالله خلقه ، وكل دابة فعلى اللـه رزقها ، ويعلم مستقرها ومستودعها[5] .

القسم الثانى : عام يراد به الخصوص قطعاً ، وهو الذى اصطحب بقرينة تدل على أنه يراد منه بعض الأفراد ، مثل قوله سبحانه وتعالى

[1] أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسى ص ٤٠٤ ، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع بمصر .

[2] سورة الزمر آية ٦٢ .

[3] سورة ابراهيم من الآية ٣٢ وفى آيات أخرى كثيرة .

[4] سورة هود من الآية ٦ .

[5] الرسالة للإمام الشافعى ص ٥٣ – ٥٤ .

"ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً "[1] ، فالناس فى هذا النص عام أريد به خصوص المكلفين لأن العقل يقضى بخروج الصبيان والمجانين[2] .

وأيضاً كقوله سبحانه وتعالى " والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها "[3] وقوله تعالى "حتى إذا أتيا أهل قرية استطعما أهلها فأبوا أن يضيفوهما "[4] ، قال الشافعى : وفى هذه الآية دلالة على أنهما لم يستطعما كل أهل قرية فهى فى معناهما، وفيها وفى " القرية الظالم أهلها " خصوص ، لأن كل أهل القرية لم يكن ظالماً ، فقد كان فيهم المسلم ، ولكنهم كانوا فيها مكثورين ، وكانوا فيها أقل [5] [6] .

---

(1) سورة آل عمران من الآية ٩٧ .

(2) أصول الفقه للبرديسى ص ٤٠٤ .

(3) سورة النساء من الآية ٧٥ .

(4) سورة الكهف من الآية ٧٧ .

(5) الرسالة للإمام الشافعى ص ٥٤ – ٥٥ .

(6) الفرق بين العام المخصوص والعام الذى أريد به الخصوص : أن العام المخصوص هو ماكان المراد منه هو الأكثر وما ليس بمراد هو الأقل . والعام الذى أريد به الخصوص : هو ماكان المراد منه الأقل ، وماليس بمراد هو الأكثر ، فاذا أراد المتكلم باللفظ أولاً مادل عليه ظاهر العموم ثم أخرج بعد ذلك بعض مادل عليه اللفظ كان عاماً مخصوصاً ، ولايكون عاماً أريد به الخصوص . وعلى هذا فالعام المخصوص أعم من العام الذى أريد به الخصوص .

ارشاد الفحول للشوكانى ص ١٤٠ ، البحر المحيط للزركشى ٣/٢٤٩–٢٥٠ .

القسم الثالث : العام المطلق ، وهو الذى لم تصحبه قرينة تنفى احتمال تخصيصه ، ولا قرينة تنفى دلالته على العموم ، وهذا ظاهر فى العموم حتى يقوم الدليل على التخصيص ، مثل قوله سبحانه وتعالى : "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء "[1] ، فالآية تدل على العموم فى كل مطلقة حتى يرد دليل التخصيص "[2] .

القسم الرابع : ماكان عام الظاهر ، وهو يجمع بين العام والخاص مثل قوله سبحانه وتعالى " انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله أتقاكم "[3] فبين الله تبارك وتعالى فى هذه الآية العموم والخصوص ، فأما العموم ففى قوله تعالى : " انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا " فكل نفس خوطبت بهذا فى زمن رسول الله وقبله وبعده مخلوقة من ذكر وأنثى وكلها شعوب وقبائل .

وأما الخاص منها فى قوله تعالى " ان أكرمكم عند الله أتقاكم " لأن التقوى انما تكون على من عقلها ، وكان من أهلها البالغين من بنى آدم ، دون المخلوقين من الدواب سواهم ، ودون المغلوبين على عقولهم منهم ، والأطفال الذين لم يبلغوا وعقل التقوى منهم[4] .

---

(1) سورة البقرة من الآيـة ٢٢٨ .

(2) أصول الفقه للبرديسى ص ٤٠٤ ، أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلى ١٨٢/١ .

(3) سورة الحجرات من الآية ١٣ .

(4) الرسالة للإمام الشافعى ص ٥٦ – ٥٧ بتصرف .

القسم الخامس : العام المراد به كله الخاص [1] ، مثل قوله سبحانه وتعالى " الذين قال لهم الناس ان الناس قد جمعوا لكم فاخشوهم فزادهم إيمانا وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل "[2] .

فليس المراد من لفظ " *الناس* " الأولى كل الناس بل المراد واحـــــد .

قال الإمام القرطبى فى تفسير هذه الآية : أُختلف فى قوله تعالى "الذين قال لهم الناس " فقال مجاهد ومقاتل وعكرمة والكلبى : نعيم ابن مسعود الأشجعى ، واللفظ عام ومعناه خاتص ، كقوله تعالى " أم يحسدون الناس " يعنى محمداً ﷺ[3] .

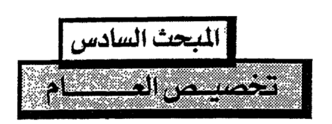
وكذا لفظ " *الناس* " الثانى المراد به : أنه جمع بعض الناس دون بعض .

---

[1] الرسالة ص ٥٨ .

[2] سورة آل عمران آية ١٧٣ .

[3] الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبى ٢٧٩/٤ - ٢٨٠ ، دار الكتاب العربى للطباعة والنشر بمصر سنة ١٣٨٧هـ .



التخصيص فى اللغة : الافراد ، ومنه الخاصة.[١] .

أما التخصيص فى اصطلاح الأصوليين : فعرفه جمهور الأصوليين بأنه قصر العام على بعض أفراده بدليل .[٢] أو هو اخراج بعض مايتناوله الخطاب عنه[٣] .

ومرادهم من هذه الإشارة إلى أن التخصيص بيان للعام فدليل التخصيص وضح وبيَّن أن المراد من العام ليس كل مايشمله ، وإنما بعضه، والتخصيص بين هذا البعض بحيث لايعطى حكم العام .

ويكون التخصيص عند جمهور الأصوليين بالدليل المستقل وغير المستقل ، ويكون بالدليل المقارن وغير المقارن ، ويكون أيضاً بالدليل اللفظى ، والعقلى ، والحسى ، كما سيأتى بيانه .

والتخصيص عند الحنفية : قصر العام على بعض أفراده بدليل لفظى مستقل مقارن[٤] .

---

(١) البحر المحيط للزركشى ٢٤١/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٤٢ .

(٢) شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع مع حاشية العطار ٣١/٢ ، شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع للشيخ السيوطى ص ٧٠٥ ، رسالة دكتوراه للباحث محمود عبد الرحمن عبد المنعم .

(٣) المعتمد لأبى الحسين البصرى ٢٣٤/١ - ٢٣٥ ، طبعة أولى سنة ١٩٨٣م ، دار الكتب العلمية بيروت ، الابهاج فى شرح المنهاج ١٢١/٢ مطبعة نفرتيتى بمصر سنة ١٩٨١م .

(٤) تيسير التحرير ٢٧١/١ - ٢٧٢ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٠٠/١ .

وهذا يشير إلى أن التخصيص ليس فيه اخراج لبعض مايتناوله العام بل هو بيان ان العام لم يكن شاملاً لهذه الأفراد ابتداء ، وما أخرجه الدليل المخصص من العام لم يكن داخلاً فيه ابتداء ، وبهذا يفارق التخصيص النسخ ، لأن النسخ كان مراداً ابتداء ، ثم اقتضت المصلحة نسخة[1] فقوله سبحانه وتعالى : " فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم "[2] يدل على طلب قتل كل مشرك ، وقوله سبحانه وتعالى " وان أحد من المشركين استجارك فأجره "[3] خصص الآية الأولى بطريق بيان أن المشركين فى الآية لم يدخل فيه ابتداء من طلب الإجارة والأمان .

والحنفية يشترطون فى التخصيص شروطاً لابد من توافرها وهى :

أولاً : أن يكون دليل التخصيص لفظياً ، فإذا كان قصر العام على بعض أفراده بطريق العقل أو الحس ، فلا يعد ذلك تخصيصاً للعام وثمرة ذلك أن العام يبقى قطعياً على بعض أفراده بعد قصره بدليل العقل أو الحس .

ثانياً : أن يكون دليل التخصيص مستقلاً ، والمستقل هو مالا يحتاج إلى غـــيره .

ثالثاً : أن يكون الدليل المخصص مقارناً للعام ، بحيث يصدران فى وقت واحد ، فاذا علم تأخر أحدهما كان المتأخر ناسخاً للمتقدم ، فاذا كان

---

(1) أصول الفقه للدكتور / حسين حامد حسان ص ٤٣٧ ، طبعة دار النهضة العربية بمصر ، سنة ١٩٧٠م .

(2) سورة التوبة من الآية ٥ .

(3) سورة التوبة من الآية ٦ .

المتأخر هو العام نسخ الخاص ، وإذا كان المتأخر هو الخاص كـان ناسخاً للعام فيما دل عليه من افراد .

وتكون دلالة العام حينئذ على الباقى بعد التخصيص دلالة ظنية[1] .

دليل التخصيص وأنواعه :

إذا ورد لفظ عام فيحمل على عمومه ، إلا إذا قام الدليل على تخصيصه ، ولذا تكلم علماء الأصول فى المخصِّص – بكسر الصاد – وأنواعه فقالوا : ان المخصص نوعان ، دليل متصل ، ودليل منفصل .

النوع الأول : دليل متصل ، أو مخصص متصل : وهو مالا يستقل عن الكلام السابق ، بل يكون التكلم به متوقفاً على الكلام الذى اشتمل على المخصَّص[2] – بفتح الصاد – .

وينقسم إلى أربعة أنواع : الاستثناء ، والشرط ، والصفة ، والغاية[3] ، وزاد ابن الحاجب وشراح كتابه والقرافى بدل البعض من الكل[4] .

---

(1) تيسير التحرير ٢٧١/١ – ٢٧٢ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٠٠/١ ، أصول الفقه للدكتور / حسين حامد ص ٤٣٨ .

(2) أصول الفقه للشيخ زهير ٢٦٣/٢ ، طبعة دار الطباعة المحمدية بمصر القاهرة ، شرح الأسنوى نهاية السول ٩٤/٢ .

(3) شرح الاسنوى نهاية السول ٩٤/٢ ، البحر المحيط للزركشى ٢٧٣/٣ ، المحصول للإمام الرازى ٤٠٦/١ ، ومابعدها ، الابهاج فى شرح المنهاج ١٥١/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٤٥ ، الاحكام للآمدى ٢٦٤/٢ .

(4) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١٣١/٢ ، ١٣٢ ، مطبعة الفجالة الجديدة – القاهرة ، شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٤١/٢ ، ومابعدها ، شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع للسيوطى ص ٧١٤ ومابعدها .

النوع الأول : الاستثناء المتصل : عرفه الأصوليين بتعريفات متعددة ، نقتصر منها على تعريف الإمام البيضاوى حيث عرفه بأنه : الاخراج بالا غير الصفة ونحوها[1] .

مثاله : قوله سبحانه وتعالى : " والذين لايدعون مع الله الها آخر ولايقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولايزنون ومن يفعل ذلك يلق آثاماً * يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا * إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيما "[2] .

فان الاستثناء هنا خصص عموم من يفعل المحظور ، فاستثنى من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً .

وأيضاً كقوله سبحانه وتعالى : " من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أُكره وقلبه مطمئن بالإيمان "[3] .

فان هذا الاستثناء أخرج من عموم مقدم الآية الشامل لكل كفر ، الكفر الظاهر الذى يصدر بمجرد اللسان مع اطمئنان القلب بالايمان ، مما يدل على أن الكفر الحرام هو الصادر عن رضا واختيار دون إكراه[4] .

---

(1) الابهاج فى شرح المنهاج ١٥١/٢ ، شرح الاسنوى ، نهاية السول ٩٣/٢ - ٩٤ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٦٥/٢ .

(2) سورة الفرقان آيات ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٠ .

(3) سورة النحل من الآية ١٠٦ .

(4) أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلى ٢٦٣/١ ، طبعة أولى سنة ١٩٨٦م - دار الفكر بدمشق .



شروط الاســــتثناء :

يشترط لصحة الاستثناء شروط : أحدها : الاتصال ، أى أن يكون المستثنى متصلاً بالمستثنى منه ، فلا يجوز الفصل بينهما بالزمن فصلاً تقضى العادة أن يكون الثانى غير مرتبط بالأول ، فاذا فصل المتكلم بين كلامه الأول باستثناء غير متصل بأن جاء بعده بزمن ، لم يصح الاستثناء، كقولك : أكرم الناجحين ثم بعد ساعة قلت : الا محمداً .

وهذا الشرط ليس متفقاً عليه بل ذهب إلى إشتراطه جمهور العلماء من الشافعية والحنفية ، وخالف فى ذلك ابن عباس وسعيد بن جبير ومجاهد وعطاء والحسن البصرى .

ثانيهما : أن يكون المستثنى غير مستغرق للمستثنى منه ، فان كان مستغرقاً له بحيث لم يبق من المستثنى منه شئ من أفراده كان الاستثناء لغوا ، وكان العبرة بما نطق به أولاً ، فمن قال : على عشرة الا عشرة يعتبر كلامه لاغياً ، فتلزمه العشرة التى أقر بها أولاً .

وهذا الشرط متفق عليه بين العلماء الذين يعتد برأيهم ، ولكن بعد اتفاق العلماء على ذلك ، اختلفوا فى المقدار الذى يبقى بعد الاستثناء على أقوال ثلاثة :[1]

---

[1] البحر المحيط ٢٨٨/٣ ومابعدها ، المحصول ٤١٠/١ ، شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٤٧/٢ ، المسودة ص ١٣٨ - ١٣٩ ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٤٤ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٧١/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٤٩ .

الأول : وهو لجمهور العلماء من الفقهاء والمتكلمين ، وهو المختار للإمام البيضاوى أن ذلك لايحد بحد فلو بقى بعد الاستثناء واحد فقط كان الاستثناء صحيحاً .

الثانى : وهو للحنابلة : يشترط أن يكون الباقى بعد الاستثناء النصف أو أكثر من النصف ، فيجوز استثناء المساوى والأقل ، ولايجوز استثناء الأكثر من النصف كالثلثين .

الثالث : وهو أحد قولين للقاضى أبى بكر الباقلانى ، ونقله الآمدى عن الحنابلة ، يشترط أن يكون الباقى بعد الاستثناء أكثر من النصف، فيجوز استثناء الأقل من النصف ، ولايجوز استثناء النصف كما لايجوز استثناء الأكثر من النصف ، والقول الثانى للقاضى مانقل عن الحنابلة أولاً .

الشرط الثالث : أن يقترن قصد المستثنى بأول الكلام ، فلو بدا له عقب الفراغ ، فالأصح المنع لانشائه بعد الوقوع ، وأن بدا له فى الأثناء فوجهان : أصحهما صحته .

الشرط الرابع : أن يلى الاستثناء الكلام بلا عاطف ، فأما إذا وليه بحرف العطف نحو : عندى له عشرة دراهم ، والا درهما أو فالا درهما كان لغواً ، قال الأستاذ أبو اسحاق الاسفرايني ، بالاتفاق[1] .

---

[1] الاحكام للآمدى ٢٦٧/٢ ، ٢٧٥ ، شرح الاسنوى نهاية السول ٩٧/٢ - ٩٨ ، شرح البدخشى مناهج العقول ٩٥/٢ ، البحر المحيط ٢٨٤/٣ - ٢٩٣ ، التبصرة للشيرازى ص ١٦٢ ، المسودة ص ١٣٦ ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٤٢ ، شرح الجلال مع حاشية العطار ٤٢/٢ ، ومابعدها ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب

الاستثناء بعد الجمل :

إذا ذكرت جمل وعطف بعضها على بعض بحرف العطف مثل الواو أو نحوها ، ثم ذكر بعد هذه الجمل كلها استثناء بالا أو غيرها ، فهل يرجع هذا الاستثناء الى الجمل كلها أو يختص بالجملة الأخيرة ؟ اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال خمسة :

القول الأول : وهو لجمهور الشافعية واختاره البيضاوى أن الاستثناء يرجع الى الجمل كلها ولايختص بالأخيرة .

القول الثانى : وهو للحنفية ، أن الاستثناء يختص بالجملة الأخيرة ولايرجع الى غيرها من الجمل .

القول الثالث : وهو للمرتضى من الشيعة يتوقف حتى تقوم القرينة المعينة لأحد الأمرين ، لأن الاستثناء الواقع بعد الجمل مشترك لفظى بين رجوعه إلى الكل ورجوعه إلى الجملة الأخيرة ، والمشترك لايعمل به فى أى فرد من أفراده إلا بقرينة .

القول الرابع : وهو للقاضى أبى بكر الباقلانى والغزالى من الشافعية يتوقف لعدم العلم بمدلوله ، فانه لايدرى أهو موضوع لرجوعه إلى الكل أو لرجوعه للجملة الأخيرة .

القول الخامس : وهو لأبى الحسين البصرى من المعتزلة ، ان كان بين الجمل تعلق وارتباط فى الحكم أو فى الاسم بأن يكون حكم الأولى

١٣٧/٢ – ١٣٨ ، المحصول ٤٠٧/١ ، ومابعدها ، تيسير التحرير ٢٩٧/١ ومابعدها ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٢١/١ ومابعدها .

مضمراً فى الثانية ، أو يكون ضمير المحكوم عليه فى الأولى موجوداً فى الثانية ، مثل : أكرم الفقهاء والزهاد الا المبتدعة ، وأكرم الفقهاء وانفق عليهم إلا المبتدعة ، فان الاستثناء يرجع إلى الجميع ، وإن لم يكن بينها تعلق وارتباط اختص بالأخيرة فقط[1] .

تحرير محل النزاع فى العاطف :

بعد اتفاق الاصوليين على أن النزاع خاص بالاستثناء الواقع بعد الجمل المتعاطفة اختلفوا فى العاطف ، هل هو خصوص الواو ، فاذا كان غيرها كالفاء ، أو ثم ، اختص الاستثناء بالجملة الأخيرة ؟ فذهب فريق إلى هذا : وهو خصوص العطف بالواو ، والا اختص بالأخيرة .

وذهب فريق آخر إلى أن العاطف أعم من أن يكون الواو أو غيرها، كالفاء ، وثم وحتى ، وبذلك يكون الخلاف عاماً فى الجميع .

واتفق الجميع على أن محل النزاع ، مالم يقم دليل على رجوعه إلى شئ معين ، والا عمل بمقتضى هذا الدليل ، فان قام الدليل على رجوعه إلى كل الجمل عمل به فى الكل ، كقوله سبحانه وتعالى : " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو

[1] الاحكام للآمدى ٢٧٨/٢ - ٢٨٠ ، البحر المحيط للزركشى ٣٠٧/٣ - ٣١١ ، المسودة ص ١٤٠ ، احكام الفصول للباجى ٢٧٧ - ٢٧٨ ، الابهاج فى شرح المنهاج ١٦٢/٢ - ١٦٤ ، المحصول ٤١٣/١ - ٤١٤ ، تيسير التحرير ٣٠٢/١ ، المستصفى للغزالى ١٧٧/٢ ، المعتمد لأبى الحسين البصرى ٢٤٦/١ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١٣٩/٢ .

يصلبوا.... الآية "[1] مع قوله : " إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم "[2] فان الاستثناء راجع إلى الكل اتفاقاً .

وان قام الدليل على رجوعه إلى الأخيرة فقط عمل به ، كقوله سبحانه وتعالى : " ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا "[3] فان الاستثناء راجع إلى الدية فقط اتفاقاً .

وان قام الدليل على رجوعه إلى الجملة الأولى فقط عمل به ، كقوله سبحانه وتعالى : " فلما فصل طالوت بالجنود قال ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس منى ومن لم يطعمه فانه منى إلا من اغترف غرفة بيده "[4] فان الاستثناء راجع إلى قوله " فمن شرب منه فليس منى " لأن المعنى إلا من اغترف غرفة بيده فانه منى ، ولايصح رجوعه إلى قوله " ومن لم يطعمه فانه منى " والا كان المعنى إلا من اغترف بيده فليس منى ، وليس هذا مراداً [5] .

---

[1] سورة المائدة من الآية ٣٣ .

[2] سورة المائدة من الآية ٣٤ .

[3] سورة النساء من الآية ٩٢ .

[4] سورة البقرة من الآية ٢٤٩ .

[5] أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٨١ ومابعدها ، شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢/٥٣-٥٤.

ثمــرة الخــلاف :

تفرع على الخلاف السابق قبول شهادة القاذف بعد التوبة عند غير الحنفية ، وعدم قبولها عند الحنفية .

ومنشأ هذا الخلاف هو رجوع الاستثناء فى الآية إلى غير الجملة الأخيرة ، وعدم رجوعه إليها ، فالله سبحانه وتعالى يقول : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون * إلا الذين تابوا "[1] فذكر الاستثناء بعد جمل ثلاث هى : فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولاتقبلوا لهم شهادة ، وأولئك هم الفاسقون .

فقال الإمام الشافعى ومالك وأحمد : ان الاستثناء راجع إلى الجملة الثانية والثالثة ، ولايرجع إلى الأولى لقيام الدليل على عدم رجوعه إليها ، وهو أن الجلد فى الزنا حق للآدمى وهو المقذوف وحق الآدمى لايسقط بالتوبة ، ومتى رجع الاستثناء إلى الثانية والثالثة اقتضى ذلك أن الفسق يزول بالتوبة ، وأن الشهادة تقبل كذلك بعد توبة القاذف[2].

وقال الإمام أبو حنيفة : الاستثناء يرجع إلى الجملة الأخيرة فقط ، فالفسق يزول بالتوبة ولكن لاتقبل شهادة القاذف أبداً تاب أو لم يتب عملاً

---

[1] سورة النور الآية ٤ ، وجزء من الآية ٥ .

[2] تكملة المجموع شرح المهذب للمحقق محمد حسين العقبى ٤٧١/١٨ ، مطبعة الإمام بالقاهرة ، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى ١٥٤/٤ ، دار الفكر بيروت ، المغنى على الشرح الكبير لابن قدامه ٧٤/١٢ ، دار الكتاب العربى بيروت ، سنة ١٣٩٢هـ .

بمقتضى الآية ، حيث لم يعد الاستثناء إلى الجملة الثانية كما لم يعد إلى الجملة الأولى[1].

النوع الثانى : الشرط ، عرفه الأصوليون بتعريفات متعددة نقتصر منها على تعريف ابن السبكى حيث عرفه : بأنه مايلزم من عدمه العدم ، ولايلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[2] .

مثاله : قوله سبحانه وتعالى : " وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم ان يفتنكم الذين كفروا "[3] ، فقصر الصلاة هنا مقصور على حالة الخوف ، ولولا هذا الشرط لأفاد السياق العموم .

وأيضاً كقوله سبحانه وتعالى : " ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد "[4] فالشرط وهو عدم الولد قصر استحقاق الأزواج نصف التركة على حالة عدم الولد للزوجة المتوفاة ، ولولا هذا الشرط لاستحق الأزواج النصف فى كل الأحوال .

(1) المبسوط للسرخسى ١٢٥/١٦ ومابعدها – طبعة دار المعرفة – بيروت – سنة ١٤٠٦هـ .

(2) شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٥٥/٢ ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٦١ .

(3) سورة النساء من الآية ١٠١ .

(4) سورة النساء من الآية ١٢ .

النوع الثالث : الصفة ، المراد بالصفة : التابع المشتق الذى يقع نعتاً للموصوف[١] .

مثالها : قوله سبحانه وتعالى : " وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن * فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم "[٢] فلفظ النساء عام يشمل المدخول بها وغير المدخول بها ، ولكن الوصف بالدخول قصر المراد على النساء المدخول بهن فحسب .

وأيضاً كقوله سبحانه وتعالى : " ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ماملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات "[٣] ، فلفظ الفتيات عام يشمل كل الفتيات المؤمنات وغير المؤمنات ، فلما وصف بالمؤمنات صار مقصوراً على المؤمنات دون غيرهن .

النوع الرابع : الغاية ، وهى نهاية الشئ المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها ، ولها لفظان هما : حتى ، والى[٤] .

ويشترط فيها لتكون مخصصة للعام أن يتقدمها لفظ يشمل مابعدها لولاها ، كقوله سبحانه وتعالى : " ياأيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة

---

[١] أصول الفقه للشيخ زهير ٢٩٠/٢ .

[٢] سورة النساء من الآية ٢٣ .

[٣] سورة النساء من الآية ٢٥ .

[٤] البحر المحيط للزركشى ٣٤٤/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٥٤ .

فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق "[1] فلولا الغاية وهى " الى " لكان المطلوب غسل الأيدى إلى مابعد المرافق ، لأن لفظ " أيديكم " عام يشمل اليد إلى الرسغ ، ومن الرسغ إلى المرفق ، والى المنكب ، فخصصته الغاية إلى المرافق .

فان لم يكن هناك لفظ سابق عليها يشملها ، فلا تكون مخصصة للعام ، وانما تكون لتقرير العموم فيما قبلها ، وذلك كقوله سبحانه وتعالى "سلام هى حتى مطلع الفجر "[2] .

النوع الثانى : دليل منفصل ، أو مخصص منفصل : وهو مااستقل عن الكلام الذى دخله التخصيص ، بحيث لايحتاج إليه فى النطق به[3].

وينقسم إلى ثلاثة أقسام : العقل ، والحس ، والدليل السمعى :

أولاً : العقل ، وصورة المسألة : أن صيغة العام إذا وردت واقتضى العام عدم تعميمها ، فيعلم من جهة العقل أن المراد بها خصوص مالا يحيله العقل ، وليس المراد أن العقل صلة للصيغة نازلة بمنزلة المتصل بالكلام ، ولكن المراد أنا نعلم أن مطلق الصيغة لم يرد تعميمها .

---

(1) سورة المائدة من الآية ٦ .

(2) سورة القدر آية ٥ .

(3) البحر المحيط ٣/٣٥٥ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٩٣ .

ولايخفى أن التخصيص بالعقل ليس من الترجيح لدليل العقل على دليل الشرع ، بل من الجمع بينهما ، لعدم امكان استعمال الدليل الشرعى على عمومه لمانع قطعى وهو دليل العقل .

ومثال التخصيص بالعقل : قوله سبحانه وتعالى : " فمن شهد منكم الشهر فليصمه "[1] ، فلفظ " من " عام قصره العقل على المكلف العاقل .

وقوله سبحانه وتعالى : "ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً"[2]

فالعقل قد خصص عموم الآية وأخرد الصبيان والمجانين من التكليف ، لأنه لايجوز عقلاً تكليف من لايعقل ولايفهم[3] .

ثانياً : الحس : والمراد به خصوص المشاهدة ، فاذا ورد الشرع بعموم يشهد الحس باختصاصه ببعض ما اشتمل عليه العموم ، كان ذلك مخصصاً للعموم .

مثالـه : قوله سبحانه وتعالى فى شأن الريح " تدمر كل شئ بأمر ربها "[4] فهذا النص عام يتناول السماء والأرض والقمر والكواكب مع أنه

---

(1) سورة البقرة من الآيـة ١٨٥ .

(2) سورة آل عمران من الآية ٩٧ .

(3) البحر المحيط ٣/٣٥٥ ومابعدها ، شرح الاسنوى نهاية السول ٢/١١٦ - ١١٧ ، المحصول للرازى ١/٤٢٧ ، المسودة ص ١٠٦ ، المستصفى ٢/٩٩ ، الابهاج فى شرح المنهاج ٢/١٧٦ ، شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢/٦٠ ، حاشية العضد على مختصر ابن الحاجب ٢/١٤٧ ، المعتمد لأبى الحسين البصرى ١/٢٥٢ ، الاحكام للآمدى ٢/٢٩٣ ، ارشاد الفحول ص ١٥٦ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٩٣ .

(4) سورة الأحقاف من الآية ٢٥ .

يعلم حساً عدم تدمير هذه الأشياء بالريح ، فالحس هو الذى أخرج هذه الأشياء . وكذلك قوله سبحانه وتعالى " ماتذر من شئ أتت عليه الا جعلته كالرميم "[1] فان الريح قد أتت على الأرض والجبال والسماء فلم تجعلها رميما وذلك بالمشاهدة ، فكانت هذه الأشياء خارجة عن هذا العموم بالحس والمشاهدة[2] .

ثالثاً : الدليل السمعى ، وهو تخصيص بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ، والعادة .

أولاً : تخصيص العام من الكتاب :

القرآن الكريم قطعى الثبوت ، لأنه وصل إلينا عن طريق التواتر ، ولكن دلالته قد تكون قطعية وقد تكون ظنية ، ومن أجل كونه قطعى الثبوت ، لايجوز تخصيصه بغير قطعى الثبوت أيضاً ، وهو على أمور ثلاثة :

الأول : تخصيص الكتاب بالكتاب : ذهب جمهور الأصوليين الى جواز تخصيص الكتاب بالكتاب ، لأن نصوص الكتاب قطعية من حيث الورود ، فاذا ورد فيه عام وخاص وجب الجمع بينهما ، وذلك بأن يعمل بالخاص فيما دل عليه ، ويعمل بالعمام فيما وراء ذلك .

---

(1) سورة الذاريات آية ٤٢ .

(2) الاحكام للآمدى ٢٩٦/٢ ، شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٦٠/٢ ، البحر المحيط ٣٦٠/٣ ، المستصفى ٩٩/٢ ، المحصول ٤٢٨/١ ، الابهاج فى شرح المنهاج ١٧٨/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٥٧ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٩٤/٢ .

قال الشيخ الخضرى : " اعلم أنه لم يتقابل فى القرآن عام وخاص، بمعنى أنه ورد حكم على عام شامل لأفراد ، وحكم على فرد واحد من أفراد ذلك العام ، وانما الذى ورد فيه عمومات بعضها أخص من بعض ، فالخصوص المقابل للعموم خصوص نسبى لا حقيقى "[1] .

فقد يكون بين الآيتين عموم وخصوص وجهى ، فيجتمعان فى أمر، وينفرد كل منهما فى أمر آخر ، وذلك مثل قوله سبحانه وتعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً "[2] ، فلفظ الآية عام يشمل المرآة الحامل وغير الحامل ، وفى ذات الوقت هو خاص بالمتوفى عنها زوجها .

وقوله سبحانه وتعالى : " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن "[3] عام يشمل المتوفى عنها زوجها ، كمل يشمل المطلقات ، وفى ذات الوقت هو خاص بذوات الحمل ، فيكون بين الآيتين عموم وخصوص وجهى ، يجتمعان فى ذوات الحمل المتوفى عنهن أزواجهن .

وكل من الآيتين انفرد بحالة خاصة ، فالأولى انفردت بوجه وهو عدة المتوفى عنها غير الحامل ، فهى أربعة أشهر وعشراً ، وانفردت الآية الثانية بوجه وهو عدة المطلقة الحامل وهو وضع الحمل .

---

(1) أصول الفقه للشيخ الخضرى ص ٢٠٥ .

(2) سورة البقرة من الآية ٢٣٤ .

(3) سورة الطلاق من الآية ٤ .

وقد يكون بين الآيتين عموم وخصوص مطلق ، فيجتمعان فى أمر وينفرد الأعم منهما فى أمر آخر ، وذلك مثل قوله سبحانه وتعالى : "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"[1] ، فالآية عامة تشمل جميع المطلقات ، سواء المدخول بها أو غير المدخول بها .

وقوله سبحانه وتعالى : " يا ايها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها "[2] فالآية هنا عامة أيضاً ، لكنه عام فى أفراد المطلقات غير المدخول بهن على الخصوص ، فالآية هنا أخص من عموم الآية الأولى ، فيلتقيان فى غير المدخول بها ، وتنفرد الآية الأولى فى المدخول بها[3] .

وذهب بعض الظاهرية إلى أن الكتاب لايخصص الكتاب ، لأن التخصيص بيان للمراد من العام ، والبيان من شأن السنة فقط لقوله سبحانه وتعالى : " وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس مانزل اليهم "[4] فأسند البيان إلى الرسول ﷺ وذلك انما يكون بسنته ، فالكتاب لايبين الكتاب أى لايخصصه .

---

(1) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

(2) سورة الأحزاب من الآية ٤٩ .

(3) ارشاد الفحول ص ١٥٧ ، أصول الفقه للشيخ الخضرى ص ٢٠٥ بتصرف .

(4) سورة النحل من الآية ٤٤ .

أجيب عن ذلك : بأنه معارض بقوله سبحانه وتعالى : " ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شئ "[1] ، ولأن تلاوة النبى ﷺ أية التخصيص بيان منه لـــــه[2] .

الثانى : تخصيص الكتاب بالسنة المتواترة قولية أو فعلية : السنة هى المبينة والموضحة والمفصلة والمؤكدة للكتاب الكريم ، فقد تخص السنة المطهرة عام الكتاب ، أو تقيد مطلقه ، أو تبين مجمله ، فيعلم أن مراد الكتاب بعد ورود السنة هو على حسب بيان السنة ، وهذا انما يكون سبيله السنة المتواترة : قولية أو فعلية ، لأن القرآن الكريم قطعى يفيد العلم، فلا يخصه إلا مايفيد العلم ، وهو السنة المتواترة .

فمن السنة المتواترة القولية ، أو المشهورة : قول النبى ﷺ "لايرث القاتل "[3] وقوله ﷺ " لايرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"[4]

---

[1] سورة النحل من الآية ٨٩ .

[2] المحصول للإمام الرازى ٤٢٩/١ ، ارشاد الفحول ص ١٥٧ .

[3] رواه الامام الترمذى ، وابن ماجة ، والدارمى ، وابن تيمية : عن الليث عن اسحاق بن عبد الله عن الزهرى عن حميد عن عبد الرحمن عن أبى هريرة عن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال أبو عيسى : هذا حديث لايصح لايعرف إلا من هذا الوجه .

سنن الترمذى – كتاب الفرائض – باب ماجاء فى ابطال ميراث القاتل ٤٢٥/٤ ، سنن ابن ماجة – كتاب الفرائض – باب ميراث القاتل ٩١٣/٢ ، سنن الدارمى – كتاب الفرائض – باب ميراث القاتل ٣٨٤/٢ ، منتقى الأخبار لابن تيمية – باب القاتل لايرث ٤٧٣/٢ ، ط / ثانية ، سنة ١٩٧٩ ، دار الفكر .

[4] أخرجه الامام البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجة عن اسامة بن زيد .

صحيح البخارى كتاب الفرائض – باب لايرث المسلم الكافر رقم ٦٧٦٤ ، صحيح مسلم – كتاب الفرائض رقم ١٦١٤ ، ١٢٣٣/٣ ، ط / عيسى الحلبى ، سنن أبى داود ، كتاب الفرائض – باب هل يرث المسلم الكافر رقم ٢٩٠٩ ٣٢٦/٣ ، سنن الترمذى – أبواب الفرائض – باب ماجاء فى ابطال الميراث بين المسلم =

فهذان الحديثان خصصا قوله سبحانه وتعالى : " يوصيكم الله فى أولادكم "[1] فالآية شاملة للولد المؤمن والكافر .

فتبين من السنة القولية : أن الولد القاتل والكافر ليسا مرادين من الآية .

فان قيل : ان هذين الحديثين من أخبار الآحاد .

أجيب : بأنهما كانا متواترين ومشهورين زمن التخصيص ، وهو زمن الصحابة ، وان كانا فى هذا الزمن ليسا كذلك ، بل هما من قبيل الآحاد فهذا لايضر فى التمثيل ، لأن العبرة بزمن التخصيص ، لا بهذا الزمن .

وعلى فرض أن هذين الحديثين من قبيل الآحاد وان العبرة بهذا الزمن ، فالآية قد خصصت بهذين الحديثين وهما من قبيل الآحاد ، والآحاد أضعف من المتواتر ، فيكون تخصيص الكتاب بالمتواتر ثابتاً بطريق الأولى[2].

ومن السنة الفعلية : أمر النبى ﷺ برجم ماعز وهو محصن ، ففعل النبى ﷺ خصص عموم قوله سبحانه وتعالى : " الزانية والزانى

= والكافر رقم ٢١٠٧ ٤٢٣/٣ ، سنن ابن ماجه – كتاب الفرائض – باب ميراث أهل الاسلام من أهل الشرك رقم ٢٧٢٩ ، ٢٧٣٠ ، ٩١١/٢ .

(١) سورة النساء من الآية ١١ .

(٢) أصول الفقه للشيخ زهير ٢٩٧/٢ ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٠٦ – ٢٠٧ ، البحر المحيط للزركشى ٣٦٢/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٥٧ ، المحصول ٤٣٠/١ .

فاجلدوهم كل واحد منهما مائة جلدة "[1] فأصبحت الآية قاصرة على الزانى والزانية البكر[2].

الثالث : تخصيص الكتاب بالإجماع : لفظ القرآن العام قد يثبت بطريق الاجماع : أن عمومه غير مراد ، وأنه مخصوص ، والمخصص للعام هو مستند الإجماع بالنسبة للمجمعين ولغيرهم ، ولكن غير المجمعين لايلزمهم البحث عن هذا المستند ، بل يكفيهم الاجماع على التخصيص ، وذلك كالاجماع على أن حد الزانى العبد على النصف من حد الحر ، فيكون خمسين جلدة ، فهذا ثبت بالاجماع وخصص قوله سبحانه وتعالى "الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " فيكون جلد المائة خاصاً بالحر [3].

ثانياً : تخصيص عام الكتاب والسنة المتواترة بخبر الآحاد :

اختلف الأصوليون فى تخصيص عام القرآن الكريم والسنة المتواترة بالأدلة المظنونة كخبر الآحاد . قال الإمام الغزالى مخرراً محل الوفاق والخلاف : خبر الواحد إذا ورد مخصصاً لعموم القرآن ، اتفقوا على جواز التعبد به لتقديم أحدهما على الآخر ، لكن اختلفوا فى وقوعه[4]

---

[1] سورة النور من الآية ٢ .

[2] أصول الفقه للشيخ زهير ٢٩٨/٢ ، شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ٦٢/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٥٧ ، شرح الأسنوى نهاية السول ١١٩/٢ ، المحصول للإمام الرازى ٤٣٠/١ .

[3] أصول الفقه للشيخ زهير ٢٩٨/٢ ، البحر المحيط للزركشى ٣٦٣/٣ ، المحصول للإمام الرازى ٤٣٠/٢ ، حاشية العضد على مختصر ابن الحاجب ١٥٠/٢ ، المسودة ص ١١٤ ، اللمع للشيرازى ص ٢٠ .

[4] المستصفى للإمام الغزالى ١١٤/٢ .

فبعضهم رأى أن محل الخلاف فى الجواز لا فى الوقوع ، وهو الصواب لأن الوقوع دليل الجواز[1] وخلافهم على أقوال خمسة :

القول الأول : وهو لجمهور العلماء : جواز تخصيص عام القرآن الكريم والسنة المتواترة بخبر الآحاد مطلقاً .

القول الثانى : وهو لبعض الفقهاء وجماعة من المتكلمين عدم الجواز مطلقاً .

القول الثالث : وهو لعيسى بن أبان : إن خص العام بقطعى جاز تخصيصه بخبر الواحد ، وإن لم يخص بقطعى لم يجز تخصيصه بخبر الواحد ، وإنما قال عيسى بن أبان ذلك لأنه يرى أن العام بعد التخصيص لايحتج به ، لكونه مجملاً فى الباقى ، فإذا جاء خبر الواحد وأخرج بعض الأفراد فإنه يعمل بهذا الخبر فى تلك الأفراد ، لأنه يعتبر مرجحاً لها وبذلك تخرج هذه الأفراد عن العام بهذا الدليل . ومثاله : قوله سبحانه وتعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به .... " الى قوله تعالى : " فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فان الله غفور رحيم "[2] .

---

[1] الابهاج فى شرح المنهاج ١٨٥/٢ .

[2] سورة المائدة آية ٣ .

فلفظ الميتة فى الآية عام يشمل ميتة البحر وميتة البر ، كما يشمل الميتة المضطر إليها ، وغير المضطر إليها ، ثم خص هذا العموم فى حال المخمصة ، فتكون الميتة فى هذه الحالة مباحة ، وتكون حرمة ميتة البحر والبر فى حالة الاختيار ، فالدلالة للعام هاهنا بعض التخصيص ظنية ، فيصح أن يخصص بدليل ظنى ، فلما ورد قول النبى ﷺ عن ماء البحر: " هو الطهور ماؤه الحل ميته "[1] قصر الحرمة على ميتة غير البحر حالة الاختيار .

القول الرابع : وهو لأبى الحسن الكرخى من الحنفية : إن خص العام بمخصص منفصل جاز تخصيصه به ، وإن خص بمتصل فلا يجوز. " وشبهته أن تخصيصه بمنفصل يصيره مجازا ، فيضعف فيتسلط عليه التخصيص "[2] .

القول الخامس : وهو للقاضى أبى بكر الباقلانى : أنه يتساقط العام وخبر الواحد فيما تعارضا فيه ، فلا يعمل بواحد منهما فيه ، ويعمل بالعام فيما عدا هذا الفرد الذى حصل فيه التعارض .

استدل الجمهور لقولهم بجواز تخصيص خبر الآحاد للعام : " بأن العموم وخبر الواحد دليلان متعارضان ، وخبر الواحد أخص من العموم ، فوجب تقديمه على العموم "[3] .

---

(1) سبق تخريجه ص ٨٢ .

(2) الابهاج فى شرح المنهاج ١٨٤/٢ .

(3) المحصول للامام الرازى ٤٣٢/١ .

وبأن تخصيص العام بخبر الواحد فيه عمل بكل منهما ، لأن العام يعمل به فيما عدا الفرد الذى دل عليه خبر الواحد ، وخبر الواحد يعمل به فيما دل عليه ، وعدم التخصيص بخبر الواحد فيه عمل بالعام فقط والغاء للخبر ، ولاشك أن أعمال الدليلين معاً ولو من بعض الوجوه خير من أعمال أحدهما[1] ، ولايخفى أن " دلالة العام على أفراده ظنية ، فلا وجه لمنع تخصيصه بالأخبار الصحيحة الآحادية "[2] .

وأيضا فان الصحابة خصصوا كثيراً من عمومات القرآن بأخبار الآحاد ، كتخصيصهم قوله سبحانه وتعالى : " يوصيكم الله فى أولادكم "[3]، بقول النبى ﷺ " نحن معاشر الأنبياء لانورث " [4] ، وبقوله ﷺ : "القاتل لايرث "[5] ، كما خصصوا قوله سبحانه وتعالى : " وأحل لكم

---

[1] أصول الفقه للشيخ زهير ٣٠٠/٢ .

[2] ارشاد الفحول ص ١٥٨ .

[3] سورة النساء من الآية ١١ .

[4] أخرجه الإمام البخارى ومسلم عن أبى بكر – رضى الله عنه – فتح البارى بشرح صحيح البخارى – كتاب الفرائض – باب لانورث ماتركناه صدقة ٥/١٢ ، صحيح مسلم – كتاب الجهاد – باب قول النبى صلى الله عليه وسلم لانورث ماتركناه صدقة رقم ١٧٦٠ – ١٧٦١ .

[5] سبق تخريجه فى ص ٩٤ .

ماوراء ذلكم "[1] بقوله ﷺ " لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها"[2] ، وغير ذلك[3] .

واستدل أصحاب القول الثانى : بأن الكتاب مقطوع به وكذا السنة المتواترة ، والآحاد مظنونة ، والمقطوع أولى من المظنون .

أجيب عن ذلك : بأن العام الذى فيه الكلام وهو الكتاب والسنة المتواترة مقطوع فى متنه ، إذ لاشك فى كونه من القرآن إن كان من الكتاب ، ولا أن رسول الله ﷺ قاله إن كان من السنة المتواترة ، وأما الخاص فبالعكس متنه مظنون لأنه من رواية الآحاد ، فلا يقطع بأن رسول الله ﷺ قاله ، ودلالته مقطوع بها لأنه لايحتمل إلا مايعرض له ، فكل منهما مقطوع به من وجه ، مظنون من آخر فتساويا .

فإن قيل : إذا تعادلا فلا ينبغى أن يرجح أحدهما على الآخر ، إذ هو حينئذ ترجيح من غير مرجح .

أجيب : يرجح الخاص بأن فيه اعمالا للدليلين

---

(1) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(2) أخرجه الامام البخارى ومسلم والترمذى عن أبى هريرة ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى – كتاب النكاح – باب لاتنكح المرأة على عمتها ١٦٠/٩ ، صحيح مسلم بشرح النووى – كتاب النكاح – باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها فى النكاح ٥٦٤/٣ – ٥٦٥ ، سنن الترمذى – كتاب النكاح – باب ماجاء لاتنكح المرأة على عمتها أو خالتها ٤٢٤/٣ .

(3) تراجع المذاهب وأدلتها فى أصول الفقه للشيخ زهير ٢٩٩/٢ ومابعدها ، البحر المحيط للزركشى ٣٦٤/٣ ومابعدها ، شرح تنقيح الفصول ص ٢٠٨ ، التبصرة للشيرازى ص ١٣٢ ، شرح الجلال مع حاشية العطار على الجوامع ٦٣/٢ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١٤٩/٢ ، الابهاج فى شرح المنهاج ١٨٣/٢ ، المستصفى للغزالى ١١٤/٢ ، المحصول ٤٣٢/١ .

وأستدلوا أيضاً : بأنه لو جار تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بخبر الواحد ، لجاز نسخهما به واللازم منتف بالاتفاق على أنه لايجوز نسخ المتواتر بخبر الواحد .

وبيان الملازمة : ان كل واحد منهما تخصيص لكن أحدهما وهو النسخ تخصيص فى الأزمان ، والآخر تخصيص فى الأعيان .

وأجيب : بأن التخصيص أهون من النسخ ، لأن النسخ يرفع الحكم بالكلية ، بخلاف التخصيص ، ولايلزم من تأثير الشئ فى الأضعف أن يكون مؤثراً فى الأقوى[1] .

واستدل أصحاب القول الثالث : بأن العام قبل تخصيصه بالقطعى يعتبر حقيقة فى كل الأفراد ، والحقيقة أقوى من المجاز فلو خصصنا العام بخبر الواحد لكان العام مستعملاً فى بعض أفراده مجازاً ، وبذلك نكون قد رجحنا المجاز على الحقيقة بدليل ظنى ، وفى ذلك ترجيح للظنى على القطعى وهو باطل .

أما إذا خصص العام بقطعى فإنه يكون مجازاً فى الباقى ، وصارت الدلالة ظنية ، فإذا خصص العام بعد ذلك بخبر الواحد صار هذا العام مجازا فى الرتبة الثانية ، والمجازات متساوية بالنسبة للحقيقة ، فلا مانع من أن يكون خبر الواحد مبينا لكون العام قد أريد به بعض آخر أقل مما أريد به أولاً ، لأن كلا الأمرين مظنون والظن يعارضه ظن مثله .

---

(1) الابهاج فى شرح المنهاج ١٨٧/٢ – ١٨٨ ، المحصول للإمام الرازى ٤٣٤/١، شرح الاسنوى نهاية السول ١٢٣/٢ .

نوقش هذا : بأن العام قبل التخصيص دلالته ظنية وهى أضعف من دلالة الخاص على معناه ، لأن العام يحتمل المجاز والنقل والنسخ وغير ذلك من الاحتمالات ، والخاص كخبر الواحد وان شارك العام فى هذه الاحتمالات إلا أنه لايرد عليه التخصيص ، بخلاف العام فإنه يرد عليه ذلك ، وحيث كان خبر الواحد أقوى من العام كان العمل به واجباً ، والعمل يقضى بأن يكون العام مخصصاً ببعض الأفراد ، فيكون خبر الواحد مخصصاً للعام ، وهو المطلوب .

واستدل أصحاب القول الرابع : بأن العام عند تخصيصه بالمتصل يكون قطعى الدلالة لأنه لايحتمل غير ماقيد به من الأفراد الموصوفة بالصفة أو الشرط أو الغاية ، ومتى كان العام قطعى الدلالة لم يجز تخصيصه بخبر الواحد لأنه ظنى ، والظن لايعارض القطع ، بل القطع مقدم عليه .

أما إذا خصص العام بمنفصل فإنه يصبح ظنى الدلالة فى الباقى لأنه يحتمل أن تخرج منه بعض الأفراد الباقية بدليل كما خرج منه البعض الأول بالمخصص الأول ، وبذلك يكون خبر الواحد مساوياً له فى الظن فيتعارضان ويقدم خبر الواحد على العام ، لأن العمل به فيه إعمال للدليلين، بخلاف العام فإن العمل به يبطل العمل بخبر الواحد ، وإعمال الدليلين معا ولو من وجه خير من ابطال أحدهما .

نوقش هذا : بأن العام عند تخصيصه بالمتصل يكون محتملاً كذلك لما قيد به من الأفراد ولغيرها ، لأن الذى يوصف بأنه عام مخصوص هو

اللفظ المقيد فقط ، بقطع النظر عن القيد كالشرط أو الصفة ، واللفظ المقيد يتناول الأفراد كلها بمقتضى وضعه اللغوى ، وبذلك تكون دلالته على كل الأفراد ظنية ، كما أن دلالته على الأفراد الباقية بعد التخصيص ظنية كذلك ، والظن قابل للتعارض ، فيكون خبر الواحد معارضاً له ويرجح خبر الواحد على العام لأن فيه إعمالا للدليلين .

واستدل أصحاب القول الخامس : بأن العام وخبر الواحد قد تعارضا فى الفرد الذى دل عليه خبر الواحد ، لأن العام يقتضى ثبوت حكمه فى هذا الفرد باعتبار أنه فرد من أفراده وحكم العام يثبت لكل فرد من أفراد العام ، والخاص يقضى بعدم ثبوت حكم العام فيه ، بل يوجب ثبوت حكمه فى هذا الفرد الذى دل عليه ، ولا مرجح لواحد منهما على الآخر ، لأن دلالة كل منهما على هذا الفرد ظنية ، أما العام فظاهر لجواز أن يكون المراد منه البعض وأن هذا الفرد ليس منه ، وأما خبر الواحد فللجواز أن يكون غير ثابت عن الرسول ﷺ ، ومع ثبوته يحتمل المجاز أو غيره من الاحتمالات والدليلان إذا تعارضا فى شئ من غير مرجح فيه لأحدهما يتساقطان ولايعمل بواحد منهما فيه ، ويبقى العام فى غير هذا الفرد لامعارض له ، فيعمل به فيما عداه لوجود المقتضى السالم عن المعارض .

نوقش هذا : بأن خبر الواحد أرجح من العام لكون العمل به فيه إعمال للدليلين ، بخلاف العام فإن العمل به فيه إبطال لخبر الواحد ، وإعمال الدليلين خير من أهمال أحدهما[1] .

وبالنظر فيما تقدم فى أدلة الأقوال يتضح لنا : أن كل الأدلة عدا أدلة الجمهور وردت عليها مناقشات فيتضح لنا ضعفها ، وقوة أدلة الجمهور ، وبذلك يترجح قول الجمهور لسلامة أدلتهم ، ولأن أخبار الآحاد هى أغلب نصوص السنة ، فإذا منع اعمالها فى التخصيص أهمل الأغلب، وهذا يؤيد قول الجمهور فى العمل بالدليلين ، فهو خير من إهمالهما أو إهمال أحدهما ، خصوصاً وأن خبر الآحاد يؤخذ به فى أمور العقيدة إذا كان راويه ثقة ، فلأن يخصص به أولى .

ثالثاً : تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بالقياس :

إذا ورد لفظ من الكتاب أو السنة المتواترة وكان عاماً ، ثم وجدنا بطريق القياس أن بعض أفراد هذا العام يناسبه أن يختلف حكمه عن سائر أفراد العام ، فهل يخص بالقياس فيخرج مادل عليه القياس من حكم العام أم لا ؟

اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال : ومحل الخلاف كما نقل الإمام الأسنوى : فى القياس الظنى ، جلياً أم خفياً ، فإنه حكى الاتفاق على أن القياس القطعى يخصص به العام من الكتاب والسنة المتواترة[2] .

---

(1) أصول الفقه للشيخ زهير ٣٠٢/٢ - ٣٠٤ .

(2) نهاية السول ١٢٥/٢ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٣٠٥/٢ ، شرح الكوكب الساطع للسيوطى ص ٧٤٣ .

أقوال الأصوليين :

القول الأول : وهو المختار للإمام البيضاوى ونقل عن الأئمة الأربعة : أنه يجوز تخصيص العام من الكتاب والسنة المتواترة بالقياس مطلقاً .

وحجتهم فى ذلك : ماسبق القول به فى خبر الآحاد بالعمل بالدليلين، فالعام والقياس حجتهما ظنية ، فاذا تعارضت حجتان ظنيتان فينبغى اعمالهما ماأمكن ، فيعمل بالقياس فيما أثبته ، ويعمل بالعام فيما عداه .

وأيضاً : أن العموم والقياس دليلان متعارضان والقياس خاص : فوجب تقديمه[1] .

القول الثانى : وهو المختار للإمام الرازى وأبى على الجبائى من المعتزلة : أنه لايجوز تخصيص العام من الكتاب والسنة المتواترة بالقياس مطلقاً .

وحجتهم فى ذلك : أن القياس فرع عن النص ، لأن الحكم المقاس عليه لابد وأن يكون ثابتاً بالنص ، لأنه لو كان ثابتاً بالقياس لزم الدور أو التسلسل ، وإذا كان فرعاً عنه فلا يجوز تخصيصه به ، والا يلزم تقديم الفرع على الأصل ، وهو غير جائز .

---

(1) المحصول للإمام الرازى ٤٣٨/١ ، الابهاج ١٩٠/٢ ، أصول الفقه للخضرى ص ١٩٠ ، ارشاد الفحول ص١٥٩ .

نوقش هذا : بأن القياس فرع عن النص الذى أثبت حكم الأصل فيه ، أو النص الذى أثبت أن القياس حجة ، ولكنه فرع عن العام الذى يراد تخصيصه بالقياس ، والممنوع أن يقدم الفرع على أصله ، وأما تقديمه على غير أصله فلا منع فيه ، فالدليل لايثبت المطلوب .

ومثال ذلك : قوله سبحانه وتعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا "[1]

ثم ورد قوله ﷺ : " البر بالبر ربا "[2] فهذا الحديث مخصص لعموم قوله سبحانه وتعالى : " وأحل الله البيع " ثم قسنا الأرز على البر للعلة الجامعة بينهما ، فكان هذا القياس مخصصاً أيضاً لذلك العموم ، فلم نخصصه بفرعه ، لأن الأرز فرع حديث البر ، لا فرع احلال البيع ، فبطل قولهم : كيف يقدم فرع على أصل[3] .

القول الثالث : ان خص العام بمخصص قبل القياس جاز تخصيصه بالقياس ، وان لم يخصص العام قبل ذلك لايجوز تخصيصه بالقياس ، وهذا قول عيسى بن أبان .

وحجته هنا هى حجته ذاتها فى خبر الآحاد .

---

(1) سورة البقرة من الآية ٢٧٥ .

(2) أخرجه الإمام البخارى ومسلم ، صحيح البخارى – كتاب البيوع رقم ٧٤ ، ٧٦ ، صحيح مسلم – كتاب المساقاة ، حديث رقم ٧٩ ، ٨٠ .

(3) أصول الفقه للشيخ زهير ٣٠٥/٢ ، أصول الفقه للشيخ الخضرى ص ١٨٨ ، المحصول ٤٣٨/١ .

القول الرابع : ان خصص العام بمتصل أو لم يخصص أصلاً لم يجز تخصيصه بالقياس ، وان خصص بمنفصل جاز تخصيصه به ، وهذا قول أبى الحسن الكرخى .

وحجته هنا هى حجته ذاتها فى خبر الآحاد ، فلا داعى لاعادتها .

القول الخامس : ان كان القياس جلياً بأن قطع فيه بنفى تأثير الفارق بين الأصل والفرع ، كقياس العبد على الأمة بجامع الرق ليثبت له تنصيف الحد فى الزنا كما ثبت لها ذلك ، لأن الفارق بينهما هى الذكورة والأنوثة ، وهى غير مؤثرة فى الحكم ، ففى هذا الحال يجوز تخصيص العام به .

وإن كان القياس خفياً بأن لم يقطع فيه بنفى تأثير الفارق ، كقياس النبيذ على الخمر بجامع الاسكار ، ليثبت له التحريم كما ثبت فى الخمر ، حيث لم يقطع فيه بنفى تأثير الفارق ، لجواز أن يكون كونه خمراً هو المؤثر ففى هذه الحالة لايجوز تخصيص العام به ، وهذا قول ابن سريج من الشافعية .

وحجته فى ذلك : أن القياس الجلى قطعى والعام ظنى ، فتخصيص العام به جائز ، لأنه من باب تخصيص القطعى للظنى ، أما القياس الخفى فهو ظنى وهو مع كونه ظنياً ، فالظن فيه أضعف من الظن بالعام ، فلو خصص العام بالقياس فى هذه الحالة لزم من ذلك العمل بالأضعف مع وجود الأقوى ، وهو باطل .

وأجيب عن ذلك : بأن القياس يرجحه على العام أن فيه اعمالا للدليلين ، واعمال الدليلين خير من اهمال أحدهما .

القول السادس : أن العام والقياس دليلان متعارضان فى الفرد الذى دل عليه القياس ، فان ترجح أحدهما على الآخر عمل بالراجح منهما، وان تساويا لم يعمل بواحد منهما فيه بل يتوقف عن العمل بواحد منهما فيه حتى يوجد المرجح ، وهذا قول الإمام الغزالى ، واختاره المطرزى ، واستحسنه القرافى والقرطبى .

ويجاب عن ذلك : بأن القياس أرجح من العام دائما ، لما فيه من العمل بالدليلين معاً ، والاعمال خير من الإهمال .

القول السابع : الوقف وعدم الجزم بشئ ، حتى يوجد المرجح فيعمل به ، وهذا قول امام الحرمين .

وحجته فى ذلك : أن الأدلة متعارضة بعضها يقضى بالعمل بالعام، والبعض الآخر يقضى بالعمل بالقياس ، ولامرجح لأحدهما على الآخر ، فكان الوقف أسلم حتى يوجد المعين لأحدهما فيعمل به دفعاً للتحكم .

أجيب عن ذلك : بأنه لامعنى للوقف ، لأن المرجح للقياس موجود، وهو أنه فيه اعمال للدليلين ، وهو خير من الإهمال[1] .

---

(1) أصول الفقه للشيخ زهير ٣٠٥/٢ ومابعدها ، الابهاج ١٨٨/٢ ومابعدها ، البحر المحيط للزركشى ٣٦٩/٣ ومابعدها ، وينظر تفصيل الأدلة للأقوال فى المحصول ٤٣٨/١ ومابعدها ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١٥٣/٢ ومابعدها ، ارشاد الفحول ص ١٥٩ ، أصول الفقه للشيخ الخضرى ص ١٨٨ ومابعدها ، نهاية السول ١٢٥/٢ ومابعدها .

وذكر سيف الدين الآمدى زيادة على هذه الأقوال قولاً آخر ، وهو جواز التخصيص بالقياس إذا كان أصل القياس من الصور التى خصت عن العموم دون غيره .

ثم اختار الآمدى القول : بأنه اذا كانت العلة الجامعة فى القياس ثابتة بالتأثير ، أى بنص أو اجماع ، جاز تخصيص العموم به ، والا فلا .

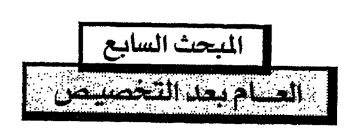
وعلل لذلك : بأن العلة إذا كانت مؤثرة ، فانها نازلة منزلة النص الخاص ، فكانت مخصصة للعموم ، كتخصيصه بالنص[1] .

والراجح فى هذه المسألة : أن الكتاب والسنة المتواترة يخصصان بالقياس الجلى وبالقياس التى تكون علته منصوصة أو مجمعاً عليها ، يؤيد ذلك ماأورده الإمام الشوكانى حيث قال : وقد طول أهل الأصول الكلام فى هذا البحث بإيراد شبه زائفة لا طائل تحتها ... والحق الحقيقى بالقبول أن يخصص بالقياس الجلى لأنه معمول به لقوة دلالته وبلوغها إلى حد يوازن النصوص ، وكذلك يخصص بما كانت علته منصوصة أو مجمعاً عليها ، أما العلة المنصوصة : فالقياس الكائن بها فى قوة النص ، وأما العلة المجمع عليها : فلكون ذلك الاجماع قد دلّ على دليل مجمع عليه ، وماعدا هذه الثلاثة أنواع من القياس فلم تقم الحجة بالعمل به من أصله[2] .

---

[1] الاحكام للآمدى ٣١٣/٢ .

[2] ارشاد الفحول للشوكانى ص ١٥٩ - ١٦٠ .



اختلف الأصوليون فى العام إذا دخله التخصيص ، هل يكون حقيقة فى الباقى ، أو يكون مجازاً فيه ؟ على أقوال ثلاثة :

القول الأول : أن العام بعد التخصيص يكون مجازاً فى الباقى مطلقاً ، سواء كان المخصص متصلاً أو منفصلاً ، كان المنفصل عقلياً أو لفظياً ، وهذا القول هو المختار للبيضاوى وابن الحاجب ، ومال إليه الغزالى والآمدى ، وبه قال عيسى بن آبان من الحنفية وغيرهم .

القول الثانى : أن العام حقيقة فى الباقى مطلقاً ، كان المخصص متصلاً أو منفصلاً ، وبه قال أبو اسحاق الشيرازى ، وأبو حامد الاسفراييني ، وهو قول الشافعي وأصحابه ، ونقل عن مالك وحكاه ابن الحاجب عن الحنابلة .

القول الثالث : أن العام حقيقة فى الباقى ان خص بمتصل كالشرط والصفة والغاية والاستثناء ، مجاز فيه ان خص بمنفصل سواء كان لفظياً أو عقلياً ، وهذا القول لأبى الحسين البصرى ، وأبى الحسن الكرخى[1] .

---

(1) تنظر الأقوال في : الاحكام للآمدى ٢٠٩/٢ وقد ذكر الآمدى ثمانية أقوال ، وذكر الشوكانى مثلـه ، ارشاد الفحول ص ١٣٥ ومابعدها ، وذكر الغزالى أربعة أقوال ، المستصفى ٥٤/٢ ، احكام الفصول للباجى ص ٢٤٥ ، التبصرة للشيرازى ص ١٢٢ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١٠٦/٢ ، المعتمد لأبى الحسين البصرى ٢٨٣/١ ، تيسير التحرير ٣٠٨/١ ، أصول السرخسى ١٤٤/١ .

استدل أصحاب القول الأول : بأن العام فى اللغة موضوع للمجموع، فاذا أريد به البعض فقد أريد به غير ما وضع له ، وذلك هو المجاز .

وأيضاً : لو كان العام حقيقة فى البعض كما كان حقيقة فى الكل لزم أن يكون مشتركاً ، والمجاز خير من الاشتراك ، فيكون مقدما عليه .

واستدل أصحاب القول الثانى : بأن اللفظ إذا كان متناولاً حقيقة باتفاق ، فالتناول باق على ماكان عليه ولايضره طرد عدم تناول الغير .

أجيب عن هذا : بأنه كان يتناوله مع غيره ، والآن يتناوله وحده وهما متغايران .

واستدل أصحاب القول الثالث : بأنه مع التخصيص بمتصل كلام واحد .

وأجيب عن هذا : بأن ذلك المخصص المتصل هو القرينة التى كانت سبباً لفهم ارادة الباقى من لفظ العموم ، وهو معنى المجاز ، ولا فرق بين قرينة قريبة أو بعيدة ، متصلة أو منفصلة[1] .

قال الزركشى : القول بأنه مجاز لايجئ من وجهين :

أحدهما : أن اللفظ المشترك عنده بين العموم والخصوص إذا دل الدليل على العموم كان حقيقة ، فكيف يصح على قوله انه حقيقة فيما بقى بعد التخصيص ؟

---

[1] ارشاد الفحول ص ١٣٥ - ١٣٦ ، احكام الفصول ص ٢٤٦ ، أصول الفقه الإسلامى للزحيلى ٢٦٤/١ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٥٠/٢ .

والثانى : أن نقول : إن اللفظ المستعمل فيما بقى يحتج به مجرداً من غير دلالة ، وهذا معنى قولنا : إنه حقيقة فى الباقى . فإذا سلم هذا لم يبق تحت قولنا : إنه مجاز فيما بقى معنى .

ثم قال : وأما من فرق بين الدليل المنفصل والمتصل ، فإنه فصل بينهما بأن الكلام إذا اتصل بعضه ببعض بنى بعضه على بعض ، فكان ذلك حقيقة فيما بقى . واذا انفصل بعضه عن بعض لم يبن ، فكان مجازاً فيه ، وهذا غلط ، لأنه لافرق بين القرينة المتصلة والمنفصلة فى أن اللفظ بنى عليها ، ودالة على ماليس بمراد منه ، ومابقى يكون ثابتاً فيها باللفظ لا بالقرينة ، فيختار أن لايفترق حالهما بوجه[1] .

وبعد أن تبين لنا ضعف أدلة القولين الأول والثالث يترجح القول الثانى لقوة أدلته ، ولأن المجاز انما يقال اذا نقل اللفظ من الحقيقة الى غيرها بقرينة فيستعمل اللفظ حينئذ فى غير ماوضع له ، وليس فيما ذكر استعمال اللفظ فى غير ماوضع له ، ويدل على ذلك كلام الشيرازى حين قال : " انما يكون الكلام مجازاً إذا عرف أنه حقيقة فى شئ ، ثم استعمل فى غيره ، كالحمار حقيقة فى البهيمة المعروفة ، ثم يستعمل فى الرجل البليد فيكون مجازاً ، والعموم مع الإستثناء – أى بعد التخصيص – ماستعمل فى غير هذا الوضع على سبيل الحقيقة ، فلا يجوز أن يجعل مجازاً فى هذا الوضع "[2] .

---

(1) البحر المحيط للزركشى ٣/٢٦٣ ، ٢٦٦ .

(2) التبصرة للشيرازى ص ١٢٣ .

المبحث الثامن
العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب

قد يرد اللفظ العام دون أن يقترن بـه سبب معين ، كقولـه سبحانه وتعالى " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام "[١] وقد يرد اللفظ العام بناء على سبب كسؤال خاص أو حادثة خاصة ، وهنا اختلف الأصوليون فيما إذا كان السبب الخاص يعد مخصصاً للعام أو يبقى العام على عمومه من غير نظر الى هذا السبب .

فذهب جمهور الأصوليين وحكى بعضهم الاجماع[٢] الى أن السبب الخاص لايخصص العام ، فلا يخرجه عن عمومه ، بل يكون العام شاملاً للسبب الخاص ولغيره ، لافرق فى ذلك بينهما ، ولـذا كـانت القـاعدة الأصولية : " العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب " .

وذهب المالكية الى قصر العام على السبب ، وبه قـال بعض الشافعية ، ونسبة امام الحرمين الجوينى للشافعى ، وبه قال بعض الحنابلة[٣] .

إلا أن اطلاق هذه القاعدة يحتاج إلى نوع تفصيل وبيان : فان العام إما أن يكون جواباً لسؤال سائل ، أولاً ، فان كـان جوابـاً ، فاما أن يستقل

---

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٣ .

(٢) البحر المحيط للزركشى ١٩٨/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٣٣ .

(٣) الاحكام للآمدى ٢١٨/٢ ، المستصفى ٦٠/٢ ، البرهان لإمام الحرمين ٢٥٣/٢ ، طبعة دار الوفاء بالمنصورة، التبصرة ص ١٤٤ ، تيسير التحرير ٢٦٤/١ .

بنفسه ، أولاً ، فالجواب غير المستقل بحيث لايمكن الابتداء به ، لاخلاف في أنه تابع للسؤال في عمومه وخصوصه ، كجوابه بنعم ، أولاً ، فان كان السؤال عاماً كان الجواب عاماً ، وان كان خاصاً فخاص .

مثال خصوص السؤال : قوله سبحانه وتعالى : " فهل وجدتم ماوعد ربكم حقاً قالوا نعم "[1] ، وقول النبي ﷺ " أينقص الرطب إذا يبس ؟ قالوا: نعم . قال : فلا إذا "[2] ، وكقول القائل : وطئت في نهار رمضان عامداً ، فيقول : " عليك الكفارة " ففي هذا الحال يجب قصر الحكم على السائل ، ولايعم غيره الا بدليل آخر - غير النص الوارد - يدل على أن المراد عموم المكلفين ، أو كل من كان بصفته .

ومثال عموم السؤال : اذا قال قائل : أنتوضأ بماء البحر ؟ فقال : نعم ، فيكون الجواب عاماً ، وحكمه عام .

أما إذا كان الجواب مستقلاً بنفسه بحيث لو ورد مبتدأ لكان كلاماً تاماً مفيداً للعموم ، فهو على ثلاثة أقسام لأنه إما أن يكون مساوياً للسؤال ، أو أخص ، أو أعم .

---

(1) سورة الاعراف من الآية ٤٤ .

(2) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجة عن سعد بن أبي وقاص ، سنن أبي داود - كتاب البيوع - باب في التمر بالتمر ٢٥١/٣ ، سنن الترمذى - كتاب البيوع - باب ماجاء في النهى عن المحاقلة والمزابنة ٥١٩/٣ ، سنن ابن ماجة - كتاب التجارات - باب بيع الرطب بالتمر ٧٦١/٢ .

الأول : أن يكون الجواب مساوياً للسؤال لايزيد عليه ولاينقص : فيجب حمله على ظاهره بلا خلاف ، كما لو سئل عن ماء البحر فقال : ماء البحر لاينجسه شئ .

الثانى : أن يكون الجواب أخص من السؤال : مثل أن يسأل عن أحكام المياة .

فيقول : ماء البحر طهور ، فيختص ذلك بماء البحر ، ولايعم بلا خلاف .

الثالث : أن يكون الجواب أعم من السؤال : وهما قسمان ، *أحدهما :* أن يكون أعم منه فى حكم آخر غير ماسئل عنه ، كسؤالهم عن التوضئ بماء البحر ، وجوابه ﷺ بقوله : " هو الطهور ماؤه الحل ميتته"[1] فلا خلاف أنه عام لايختص بالسائل ، ولا بمحل السؤال من ضرورتهم إلى الماء وعطشهم ، بل يعم حال الضرورة والاختيار .

ثانيهما : أن يكون الجواب أعم من السؤال فى ذلك الحكم الذى وقع السؤال عنه ، كقوله ﷺ لما سئل عن ماء بئر بضاعة : " الماء طهور لاينجسه شئ "[2] .

---

(1) سبق تخريجه فى ص ٨٢ .

(2) رواه الترمذى وأبو داود عن أبى سعيد الخدرى ، وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن – سنن الترمذى – كتاب الطهارة – باب ماجاء أن الماء لاينجسه شئ رقم ٦٦ ، ٩٦/١ ، عون المعبود شرح سنن أبى داود – كتاب الطهارة – باب ٣٤ ، ١٢٦/١ – طبعة دار الفكر بيروت – سنة ١٣٩٩هـ .

وكقوله ﷺ لما سئل عمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد فيه عيباً " الخراج بالضمان "[١] .

وهذا القسم هو محل الخلاف ، وفيه مذاهب :

الأول : أن العام يحمل على السبب الخاص ، وهو السؤال فلا عبرة بعموم اللفظ ، وإلى هذا ذهب بعض أصحاب الشافعي وابن برهان ، وابن السمعاني ، وأبو ثور ، وكثير من العلماء .

المذهب الثاني : أن العام يحمل على عمومه ، ولا عبرة بالسبب الخاص ، وإلى هذا ذهب جمهور الأصوليين ، وهو مذهب الشافعي ، وأبي حنيفة ، وأكثر المالكية .

المذهب الثالث : الوقف وعدم حمله على العام أو الخاص ، حكاه القاضي أبو بكر في التقريب .

المذهب الرابع : التفصيل بين أن يكون السبب هو سؤال سائل فيختص به الجواب ، وبين أن يكون السبب مجرد وقوع حادثة فلا يختص الجواب العام بها ، حكاه عبد العزيز البخاري في شرح أصول البزدوي[٢].

استدل أصحاب المذهب الأول : بأننا لو قلنا بعموم اللفظ في السبب وغيره كان كل فرد من أفراد العام عرضة لأن يخص من الحكم بالاجتهاد،

---

[١] رواه الترمذي والنسائي عن عائشة رضي الله عنها ، وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح ، سنن الترمذي – كتاب البيوع – باب ماجاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً ٥٧٢/٣ – ٥٧٣ ، سنن النسائي – كتاب البيوع – باب الخراج بالضمان ٢٥٤/٨ – ٢٥٥ .

[٢] راجع تفاصيل المذاهب في : الاحكام للآمدي ٢١٩/٢ ، التبصرة ص ١٤٤ ، ارشاد الفحول ص ١٣٤ ، تيسير التحرير ٢٦٤/١ ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢٩٠/١ .

ومن ضمن الأفراد سبب الجواب فيجوز أن يؤدى الاجتهاد إلى اخراجه من العام ، واللازم باطل فيبطل الملزوم .

أجيب عن ذلك : بأن الفرد الذى هو سبب الجواب غير قابل للتخصيص ، للقطع بأنه مراد من العام ، فلا تخرجه الظنون التى يؤدى إليها الإجتهاد .

وقالوا أيضاً : لو كانت العبرة بعموم اللفظ لكان نقل الصحابة للأسباب من غير فائدة ، وهذا بعيد .

وأجيب عن ذلك : بأن معرفة السبب لمنع تخصيصه بالاجتهاد ، على أن معرفة أسباب التشريع بيان للمراد من سر التشريع ، وسائر أدلة المخالفين مما ينبغى الاعراض عنه[1] .

واستدل أصحاب المذهب الثانى : بأن عدول المجيب عن الخاص المسئول عنه إلى العام دليل ارادة العموم ، ولأن الحجة قائمة بما يفيده اللفظ ، وهو يقتضى العموم ، ووروده على السبب لايصلح معارضاً ، والصحابة رضوان الله عليهم فهموا من مثل ذلك العموم وعملوا به ، وعامة نصوص الشارع انما ترد على أسباب خاصة .

قال الشوكانى : " وهذا المذهب هو الحق الذى لاشك فيه ، ولاشبهة لأن التعبد للعباد انما هو باللفظ الوارد عن الشارع وهو عام ، ووروده على سؤال خاص لايصلح قرينة لقصره على ذلك السبب ، ومن ادعى أنه

(1) أصول الفقه للشيخ الخضرى ص ١٧١ - ١٧٢ .

يصلح لذلك فليأت بدليل تقوم به الحجة ، ولم يأت أحد من القائلين بـالقصر على السبب بشـئ يصلـح لذلـك ، وإذا ورد فـى بعـض المواطـن مـايقتضى قصر ذلك العام الوارد فيه على سبب لم يجاوز به محله بل يقصـر عليـه ، ولا جامع بين الذى ورد فيه بدليل يخصه ، وبين سائر العمومـات الـواردة على أسباب خاصة ، حتى يكون ذلك الدليل فى ذلك الموطن شاملاً لها"[1].

ويمكن الاستدلال للتوقف : بأن القاضى توقف إما لعدم الدليـل ، أو لأن الأدلة التى وردت فى المسـألة متسـاوية لا رجحـان لواحـد منهـا علـى الآخـر .

والمذهب الراجح هو مذهب الجمهور : فى أن العبرة بعمـوم اللفـظ لا بخصوص السبب ، لقوة أدلتهم ، ولأنه يمكن أن يقـال : بأنـه قـد اجتمـع فى موضوع العام والخاص هنا لفظ الشـارع ، وسـؤال السـائل ، أو وجـود السبب .

والمقصود حكم الشارع ، فيقدم عموم لفظ الشارع لاريب ، ويؤكـده أن للشارع أن يفصل الجواب بما يشمل السؤال وزيـادة ، كـأن يسـأل عـن الاباحة فى أكل طعـام معيـن وشـراب ، فيكـون الجـواب بإباحـة البعـض ، وبتحريـم البعـض ، فـى حيـن أن السـؤال عن الإباحـة فقـط ، فيتبـع قـول الشارع .

وأيضاً : فان أكثر أحكـام الشـارع انمـا جـاءت علـى أسـباب ، ولـو قصرت عليها لانتفت حكمة العموم فى التشريع ، ولتعطلت أحكام عديدة .

---

[1] ارشاد الفحول للشوكانى ص ١٣٤ .

والصحابة – رضوان الله عليهم – قد فهموا العموم وعملوا به في وقائع كثيرة ، كان اللفظ العام فيها وارداً على سبب خاص .

المبحث التاسع

هل يعمل بالعام قبل البحث عن المخصص

ذهب أكثر الأصوليين[1] الى منع العمل بالعام أو اعتقاد العموم قبل البحث عن المخصص بالقدر الذى يغلب على الظن عدم وجود المخصص[2] .

وحجتهم فى ذلك : أن الذى يقتضى اعتقاد العموم ، هو تجرد هذه الصيغة عما يخصها ، لأنها إذا وردت ولم تتجرد عن دليل التخصيص ، لم تقتضى العموم ، ولا نعلم تجردها عما يخصها إلا بالنظر والبحث ، فلم يجز اعتقاد عمومها قبل النظر والبحث[3] .

وذهب أبو بكر الصيرفى : إلى جواز التمسك بالعام ابتداء مالم يظهر دلالة مخصصة .

وحجته فى ذلك : بأنه لو لم يجز التمسك بالعام إلا بعد طلب المخصص ، لم يجز التمسك بالحقيقة إلا بعد البحث هل يوجد مايقتضى صرف اللفظ عن الحقيقة إلى المجاز ، وهذا باطل ، فذاك مثله .

---

(1) نقل الغزالى والآمدى وابن الحاجب : الاجماع على هذا . قال الشوكانى : فى حكاية الاجماع نظر ، لقول الصيرفى : يجوز التمسك به ابتداء مالم يظهر دلالة مخصصة . ارشاد الفحول ص ١٣٩ .

(2) التبصرة ص ١١٩ ، الابهاج ١٤٧/٢ ، البحر المحيط ٣٦/٣ ، المسودة ص ٩٩ ، شرح الكوكب الساطع للسيوطى ص ٧١٢ - ٧١٣ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٥٩/٢ .

(3) التبصرة ص ١٢٠ .

وأيضاً : أن الأصل عدم التخصيص ، وهذا يوجب ظن عدم التخصيص ، فيكفى فى اثبات ظن الحكم[1] .

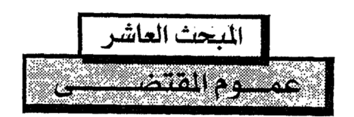
والذى يترجح فى هذه المسألة : ماذهب إليه أكثر الأصوليين لقوة دليلهم ، ولامكان الاستدلال بالقياس . هنا على الأمر ، والمطلق ونحوهما، بجامع احتياج كل للحكم به على التحقق من عدم القرينة الصارفة والقيد .

فلا يقال هذا أمر للوجوب ، وهذا مطلق ، ويعمل بهما مالم يغلب الظن بالبحث عدم القرينة الصارفة ، وعدم القيد ، فليكن كذلك فى العموم[2] .

---

(1) ارشاد الفحول ص ١٣٩ - ١٤٠ ، المسودة ص ٩٩ .

(2) المسودة ص ٩٩ .



المقتضِى – بكسر الضاد – : هو اللفظ الدال على طلب زيادة شئ في الكلام لصيانته عن اللغو ونحوه ، فيكون الحامل على الزيادة هو صيانة الكلام ، أو صحته عقلاً أو شرعاً .

وأما المقتضَى – بفتح الضاد – : فهو المزيد ذاته .

وأما الاقتضاء : فهو دلالة الشرع على أن هذا الكلام لايصح إلا بالزيادة[1] وقد جعل الأصوليون مايضمر في الكلام لتصحيحه على النحو التالى :

أولاً : ما أضمر لضرورة صدق الكلام ، كقول النبى ﷺ " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان "[2] فلا شك أن رفع ذات الخطأ وذات النسيان ليس مقصوداً قطعاً ، لأن حقيقتهما واقعة ، فيتعين التقدير ليصح ويصدق الكلام ، وهو هنا رفع العقوبة أو المؤاخذة أو الضمان أو نحوها .

---

(1) كشف الأسرار ٧٥/١ بتصرف .

(2) ورواه ابن ماجة عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ " ان الله وضع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " قال فى الزوائد : اسناده صحيح أن سلم من الانقطاع ، سنن ابن ماجة – كتاب الطلاق – باب طلاق المكره والناسى ٦٥٩/١ ، ورواه صاحب سبل السلام عن ابن عباس أيضاً ، وقال : قال أبو حاتم لايثبت – سبل السلام كتاب الطلاق ١٠٨٩/٣ – ١٠٩٠ – مكتبة عاطف بالأزهر ، ورواه البيهقى عن عقبة بن عامر ، سنن البيهقى – كتاب الخلع والطلاق – باب ماجاء فى طلاق المكره ٣٥٧/٧ ، طبعة دار المعرفة – بيروت.

ثانياً : ما أضمر لصحة وقوع اللفظ به ، وهذا إما أن تتوقف صحة الكلام عليه عقلاً أو شرعاً .

مثال الأول : قوله سبحانه وتعالى " واسأل القرية "[1] فان الكلام لايستقيم عقلاً إلا بإضمار لفظ " أهل " فيكون المراد أهل القرية ، ليصح الملفوظ به .

ومثال الثانى : قول القائل اعتق عبدك عنى ، فانه يتضمن الملك وان لم ينطبق به ، لأن العتق المنطوق به شرط نفاذه شرعاً ، أن يتقدمه الملك ، لضرورة توقف العتق الشرعى عليه[2] .

ومحل الخلاف فى عموم المقتضى : هو فيما إذا كان المقام يحتمل عدة تقديرات أحدها يستقيم معه الكلام ، فهل يقتصر عليه أم تقدر معه بقية المعانى على سبيل العموم ، كقوله ﷺ " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان" ؟

فهل يقدر جميع ما يحتمله الحديث ؟ أم يقتصر على أحد هذه التقديرات ، اختلف الأصوليون فى ذلك على قولين :

القول الأول : وهو للجمهور : أن المقتضى لا عموم له ، لأنه معنى ثبت اقتضاء لا لفظاً ، والعموم من صفات الألفاظ[3] .

---

(1) سورة يوسف من الآية ٨٢ .

(2) الاحكام للآمدى ٢٢٩/٢ ، المستصفى ١٨٧/٢ ، كشف الأسرار ٧٦/١ ، البحر المحيط ١٥٥/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٣١ ، أصول الفقه للخضرى ص ١٥٩ .

(3) المستصفى ١٨٧/٢ ، كشف الأسرار ٧٦/١ ، أصول الفقه للزحيلى ٢٧٠/١ .

واستدلوا على ذلك : بأن التقدير انما يكون فيما تقتضيه الضرورة على قدر الحاجة ، والضرورة تقدر بقدرها ، ولا حاجة لاثبات العموم فى التقدير مادام المقصود يحصل وتندفع به الحاجة ، ويفيد الكلام بدونه[١] .

قال الآمدى : وإذا كانت أحكام الخطأ والنسيان فى حديث النبى ﷺ متعددة ، فيمتنع اضمار الجميع ، إذ الإضمار على خلاف الأصل ، والمقصود حاصل بإضمار البعض ، فوجب الاكتفاء به ، ضرورة تقليل مخالفة الأصل[٢] .

القول الثانى : وهو لبعض الأصوليين ، فقد ذهبوا إلى القول بعموم المقتضى[٣].

واستدلوا على ذلك : بأن الاضمار لابد منه ، اما اضمار الكل ، أو البعض ، أو عدم الاضمار لشئ أصلاً ، والقول بعدم الاضمار خلاف الاجماع ، وليس اضمار البعض أولى من البعض ، ضرورة نسبة تساوى اللفظ الى الكل ، فلم يبق إلا إضمار الجميع .

---

[١] أصول الفقه للدكتور الزحيلى ٢٧٠/١ - ٢٧١ .

[٢] الاحكام للآمدى ٢٣٠/٢ .

[٣] نسبة السرخسى للإمام الشافعى ، حيث قال : وقال الشافعى : للمقتضى عموم . أصول السرخسى ٢٤٨/١، وتحقيق هذه النسبة ماذكره الشربينى حين قال : وقد ينسب القول بعموم المقتضى للشافعى وتحقيقه : ان وجد للمقتضى تقديرات متعددة يستقيم الكلام بكل واحد منها فلا عموم له عنده ، بمعنى أنه لايصح تقدير الجميع ، بل يقول واحد بدليل معين لأحدهما ... هامش جمع الجوامع للشربينى ٥٠٩/١ .

وقد رد الآمدى على هذا الاستدلال : بأن قولهم : ليس اضمار البعض أولى من البعض ، انما يصح أن لو قلنا باضمار حكم معين ، وليس كذلك ، بل اضمار حكم ما ، والتعيين الى الشارع[1].

واستدلوا أيضاً : بأن اضمار الكل أعم فائدة ، وأقرب الى الحقيقة ، وبيان ذلك : أن قوله ﷺ " رفع عن أمتى الخطأ ... " دال على رفع ذات الخطأ ، وهو متعذر ، فوجب تقدير ماهو أقرب إلى رفع الذات ، وهو رفع جميع الأحكام ، لأنه اذا تعذر نفى الحقيقة وجب أن يصار إلى ماهو أقرب إلى الحقيقة ، وهو هنا جميع الأحكام ، لأن رفعها يجعل الحقيقة كالعدم ، فكأن الذات قد ارتفعت حقيقة .

وقد رد الآمدى ذلك فقال : ان قولهم : اضمار جميع الأحكام يكون أقرب إلى المقصود من نفى الحقيقة ، يلزم منه تكثير مخالفة الدليل المقتضى للأحكام[2] ، وهو وجود الخطأ والنسيان ، فان أحكام الخطأ والنسيان متعددة ، فيمتنع اضمار الجميع إذ الاضمار خلاف الأصل ، ويحصل المقصود باضمار البعض ، فوجب الاكتفاء به ، ضرورة تقليل مخالفة الأصل[3] .

---

[1] الاحكام للآمدى ٢٣١/٢ .

[2] الاحكام للآمدى ٢٣٠/٢ - ٢٣١ .

[3] أصول الفقه الاسلامى للزحيلى ٢٧٠/١ .

ثمرة الخلاف في المسألة :

وقد ترتب على موضوع المقتضى خلاف في بعض الفروع منها :

١ - خلافهم في الأحكام المترتبة على قول النبي ﷺ " من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له "[١] فظاهر اللفظ نفي حقيقة الصوم حسا ، وهذا غير مراد فيكون المراد نفي أن يكون كاملاً أو مجزئاً ، فقال الحنفية : يحمل الحديث على نفي الكمال ، وقال غيرهم : يحمل على نفي الاجزاء ، لكن من قال بعموم المقتضى : فيلزمه القول أن المراد هو نفي الأجزاء والكمال .

٢ - خلافهم في المفهوم من قول النبي ﷺ " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان " فظاهر اللفظ نفي حقيقة ذات الخطأ والنسيان ، وهذا غير مراد قطعاً ، فيكون المراد بالرفع : هو الحكم ، فمن قال بعموم المقتضى قدر حكمين دنيوي وأخروي .

وقد استدل المالكية والشافعية والحنابلة بعموم المقتضى في هذا الحديث وجعلوه شاملاً الحكم الدنيوي ، وهو عدم البطلان ، والحكم الأخروي ، وهو عدم المؤاخذة ، وذلك في قولهم : لا تبطل الصلاة بكلام قليل ناسياً او مخطئاً ، وقال الشافعية والحنابلة : لايبطل الصوم بالأكل ناسياً أو مكرهاً .

---

[١] رواه الترمذي والدارمي عن حفصة رضي الله عنها ، سنن الترمذي - كتاب الصوم - باب ماجاء لا صيام لمن لم يعزم من الليل ٩٩/٣ ، سنن الدارمي - كتاب الصوم - باب من لم يجمع الصيام من الليل ٦/٢ - ٧ ، دار الكتب العلمية - بيروت .

وعلى القول : بأن لا عموم للمقتضى - كما هو رأى الجمهور - يكون التقدير برفع الحكم الأخروى ، وهو الأثم ، مرادا بالاجماع ، أى انعقاده على سقوط الاثم عن الناسى والمخطئ ، وبه ترتفع الحاجة ، ويصير الكلام مفيداً ، فيبقى معتبراً فى حكم الدنيا[1] .

---

(1) أصول الفقه الاسلامى للزحيلى ١/٢٧١ - ٢٧٢ .

المبحث الحادى عشر

ترك الاستفصال فى حكاية الحال ينزل منزلة العموم فى المقال

ينسب للامام الشافعى قول : ترك الاستفصال فى حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم فى المقال .

مثاله : ماروى أن غيلان بن سلمة الثقفى أسلم على عشر نسوة ، فلما أخبر النبى ﷺ بذلك ، قال له ﷺ" أمسك أربعاً وفارق سائرهن "[1] فالنبى ﷺ لم يستفسر منه هل عقد على هؤلاء النسوة بعقد واحد فى زمن واحد ، أو عقد عليهن بعقود متعددة فى أزمان متعاقبة ، فعلم من ذلك أن الحكم وهو امساك أربع ومفارقة الباقى عام فى جميع الأحوال ، فمن أسلم على أكثر من أربع نسوة فعليه أن يمسك أربعاً منهن ويفارق الباقى ، سواء كان العقد على هؤلاء النسوة فى زمن واحد أو فى أزمان متعددة[2].

وخالف أبو حنيفة فقال : ان كان العقد عليهن فى وقت واحد فعليه أن يجدد عقد النكاح على أربع منهن ، أى أربع وقع عليهن اختياره .

---

(1) رواه الامام مالك عن ابن شهاب ، تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ١٠٢/٢ – ١٠٣ ، المكتبة الثقافية – بيروت ، سنة ١٩٨٤م ، التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف ٣٥٥/٢ ، كتاب النكاح والطلاق والعدة – طبعة رابعة سنة ١٣٩٥هـ – دار الفكر .

(2) نهاية السول ٧٤/٢ ، البحر المحيط ١٤٨/٣ ، المحصول ٣٩٢/١ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٢٥/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٣٢ ، أصول الفقه الاسلامى للزحيلى ٢٧٤/١ .

وان كانت العقود مرتبة فعليه أن يمسك الأربع الأول ويفارق ماعداهن ، لأن العقود الأولى صادفت محلاً قابلاً للعقد فكانت صحيحة ، أما ماعداها فلم يصادف محلاً قابلاً للعقد فكان باطلاً ، وبذلك يكون قد أول في الحديث " أمسك أربعاً " فجعل معناه جدد العقد على أربع، وقال : ان ترك الاستفصال من الرسول ﷺ لايقضى بالعموم فى الحكم ، لجواز أن يكون الرسول قد ترك الاستفصال لكونه عالماً بحال القائل ، وهو أنه عقد عليهن فى وقت واحد[1] .

وماقاله أبو حنيفة بعيد عن ظاهر الحديث ، فالظاهر مذهب الشافعى .

قد يقال : أن مانقل عن الشافعى أن ترك الاستفصال فى حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم فى المقال ، يعارضه مانقل عنه من قوله : حكاية الأحوال إذا تطرق اليها الاحتمال كساها ثوب الاجمال ، وسقط بها الاستدلال ، فما التوفيق بين النقلين ؟

وفق بينهما القرافى فقال : من المعلوم أن الاحتمال المرجوح لايؤثر ولاعبرة به ، وانما المؤثر هو الاحتمال المساوى أو الراجح ، وبذلك يقال : ان كان الاحتمال المؤثر فى محل الحكم وليس فى دليله كقصة غيلان ، فلا يقدح وهذا ماقصده الشافعى من القول الأول ، وان كان الاحتمال المؤثر فى دليل الحكم قدح ، ولايحتج بهذا الدليل وهذا ماقصده الشافعى من القول الثانى ، وبهذا فلا تعارض بين القولين[2].

---

[1] شرح تنقيح الفصول ص ١٨٧ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٢٥ - ٢٢٦ .

[2] شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ١٨٧ .

المبحث الثانى عشر

الخطاب الخاص بالرسول ﷺ هل يتناول الأمة وعكسه

إذا ورد خطاب خاص بالرسول ﷺ ، كقوله سبحانه وتعالى : "ياأيها المزمل قم الليل إلا قليلا "[1] ، وقوله تعالى " ياأيها النبى اتق الله ولاتطع الكافرين والمنافقين "[2] فهل يكون هذا الخطاب متناولاً للأمة ، أو يكون غير متناول لها ، بأن يكون خاصاً بالرسول ؟ اختلف الأصوليون فى ذلك على قولين :

الأول : وهو لجمهور الأصوليين ، أن الخطاب لايتناول الأمة مالم يرد دليل من خارج اللفظ .

الثانى : وهو قول الامام أبو حنيفة ، وأحمد ، واختاره امام الحرمين وابن السمعانى ، أن خطاب الرسول ﷺ خطاب لأمته ، الا مادل دليل أنه من خواصه[3] .

---

(١) سورة المزمل الآيتان ١ ، ٢ .

(٢) سورة الأحزاب من الآية ١ .

(٣) المحصول للإمام الرازى ٣٨٨/١ - ٣٨٩ ، الاحكام للآمدى ٢٣٩/٢ ، البرهان لإمام الحرمين ٢٥٠/١ ، البحر المحيط للزركشى ١٨٦/٣ ، ارشاد الفحول ص ١٢٩ .

استدل الجمهور : بأن الخطاب موضوع فى اللغة للخصوص وماكان فى اللغة موضوعاً للخصوص ، فكيف يكون مفيداً للعموم .

نوقش هذا الدليل : بأننا لم نقل ان الخطاب يتناول الأمة لغة ، بل نقول أنه يتناولهم من جهة العرف ، ولا مانع من أن يكون اللفظ فى اللغة موضوعاً للخصوص ، مع أنه يفيد العموم من جهة العرف[1] .

واستدل أصحاب القول الثانى : بأن أهل العرف يفهمون من قول القائل لمن له منصب الولاية والاقتداء : اركب لمناجزة العدو ، ان هذا الخطاب ليس خاصاً به ، بل هو خطاب له ولأتباعه ، مع أن اللغة تجعل هذا الخطاب خاصاً بالمأمور ، والنبى ﷺ قدوة للأمة ومتبع لها ، فالخطاب له خطاب لأمته عرفاً ، وقد جاء القرآن مؤيداً لذلك ، كقوله سبحانه وتعالى : " ياأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن "[2] فلو كان الخطاب خاصاً به لقال تعالى " إذا طلقت النساء فطلقهن ".

فان قام الدليل على خصوصية الخطاب للرسول ﷺ كان الخطاب خاصاً به ، كقوله سبحانه وتعالى : " وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى " إلى قوله " خالصة لك من دون المؤمنين "[3] ، وقوله سبحانه وتعالى : "ومن الليل فتهجد به نافلة لك "[4] .

---

[1] أصول الفقه للشيخ زهير ٢١٨/٢ .

[2] سورة الطلاق من الآية ١ .

[3] سورة الأحزاب من الآية ٥٠ .

[4] سورة الإسراء من الآية ٧٩ .

فلو لم يكن الخطاب خاصاً بالرسول ﷺ فى الآيتين ، لكان قوله تعالى "خالصة لك " وقوله تعالى " نافلة لك " غير مفيد فائدة جديدة ، وهو خلاف الظاهر"[1].

والراجح أن الخطاب الخاص بالرسول ﷺ خطاب لأمته ويشملهم، الا ماقام الدليل على تخصيصه به عليه السلام فيختص به ولايشمل أمته .

وأما إذا كان الخطاب العام بلفظ ياأيها الناس ، وياأيها الذين آمنوا، فهل يدخل الرسول ﷺ فى عموم هذا الخطاب ، أو لايدخل فى هذا العموم ؟

اختلف الأصوليون فى ذلك على أقوال ثلاثة :

الأول : وهو للشافعية وأكثر العلماء ، أن الخطاب يشمل الرسول ﷺ ، كما يشمل الأمة .

الثانى : وهو لبعض الفقهاء والمتكلمين ، أن الخطاب خاص بالأمة، ولايشمل الرسول ﷺ ، لأجل الخصائص الثابتة له .

الثالث : وهو لأبى بكر الصيرفى والحليمى ، التفصيل بين أن يسبق الخطاب تبليغ مثل : قل ، ونحوه ، فلا يشمله ﷺ وان ورد الخطاب مسترسلاً فالرسول ﷺ فيه بمثابة غيره فيشمله "[2][3] .

---

[1] أصول الفقه للشيخ زهير ٢١٩/٢ .

[2] الاحكام للآمدى ٢٥١/٢ ، البحر المحيط للزركشى ١٨٩/٣ ، البرهان لامام الحرمين ٢٤٩/١ ، المستصفى ٨١/٢ ، شرح الاسنوى نهاية السول ٧٤/٢ ، شرح الجلال على جمع الجوامع ٢٦/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٢٩.

[3] استنكر امام الحرمين هذا القول حيث قال : وهو عندنا تفصيل فيه تخييل ، يبتدره من لم يعظم حظه من هذا الفن لأن القول فيها جميعاً مستند إلى الله تعالى ، والرسول مبلغ خطابه الينا ، فلا معنى للتفرقة – البرهان ٢٥٠/١، البحر المحيط ١٨٩/٣ .

استدل أصحاب القول الأول بما يأتى :

أولاً : هذه الصيغ عامة لغة فى كل الناس وكل مؤمن ، وكل عبد ، والرسول ﷺ سيد الناس والمؤمنين والعبيد ، فكان الخطاب متناولاً له لوجود المقتضى وهو عموم اللفظ لغة ، وانتفاء المانع لأنه لايتصور مايمنع من التناول إلا كونه رسولاً أو نبياً ، والنبوة والرسالة لاتعتبر مانعاً من اطلاق هذه الصيغ عليه .

ثانياً : أن الصحابة – رضوان الله عليهم – كانوا يفهمون من هذه الصيغ دخول النبى ﷺ فيها ، ولذلك كان إذا أمرهم بأمر ولم يفعله معهم سألوه مابالك لم تفعله ، فقد ثبت أن النبى ﷺ لما أمر أصحابه عام الحديبية بفسخ الحج إلى العمرة ولم يفسخ معهم ، قالوا له أمرتنا بالفسخ ولم تفسخ ولم ينكر الرسول عليهم ذلك ، بل اعتذر لهم بأنه ساق الهدى ومن ساق الهدى فليس له الفسخ ، فعلم من هذا أن الخطابات العامة تشمل الرسول ولاتخص الأمة .

واستدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

أولاً : لو كان الخطاب متناولاً للرسول ﷺ كما هو متناولاً للأمة، للزم من ذلك أن يكون الرسول مأموراً بالأمر الذى أمرت به الأمة ، فيكون آمراً ومأموراً ، كما يكون آمراً لنفسه ، وكل ذلك باطل ، لأن الشخص لا يأمر نفسه ، ولأن المأمور غير الآمر ، لأن المأمور أقل رتبة والآمر أعلى رتبة منه .

نوقش هذا الدليل : بأن الرسول ﷺ ليس آمراً للأمة وانما هو مبلغ فقط والآمر هو الله وحده ، وبذلك يكون كل من الرسول والأمة مأموراً فقط .

ثانياً : لو كان الخطاب متناولاً للرسول لكان الرسول مبلغاً ومبلغاً اليه وهو محال .

نوقش هذا : بأن الرسول مبلغ للأمة بهذا الخطاب وليس مبلغاً إليه به ، انما هو مبلغ إليه بسماعه من جبريل عليه السلام .

واستدل أصحاب القول الثالث :

بأن تصدير الخطاب العام بما يفيد التبليغ يعتبر قرينة على عدم توجه الخطاب إليه ، حتى لايكون مبلغاً ومبلغاً إليه ، فلا يدخل الرسول ﷺ فى هذا الخطاب لوجود المانع ، أما الخطاب العام الذى لم يصدر بما يفيد التبليغ فالمقتضى فيه موجود وهو عموم اللفظ لغة ، والمانع فيه منتف، فكان الخطاب متناولاً له عملاً بالمقتضى السالم عن المعارض .

نوقش هذا : بأن تصدير الخطاب العام بما يفيد التبليغ لايعتبر مانعاً من دخول الرسول فيه ، لأن الرسول ليس مبلغاً إليه بهذا الخطاب وانما هو مبلغ اليه بسماع جبريل ، وبذلك يكون المقتضى موجوداً والمانع كذلك منتفياً ، فيكون الرسول ﷺ داخلا فيه كما هو داخل فى الخطاب الذى لم يصدر بما يفيد التبليغ ، عملا بالمقتضى السالم عن المعارض[1] .

[1] الاحكام للآمدى ٢/٢٥١ - ٢٥٢ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢/٢٢٧ - ٢٢٨ .

والراجح : أن الخطاب العام يشمل الرسول ﷺ كما يشمل أمته ، من حيث وضع اللغة الشامل لكل مخاطب ، لأن الخطاب وارد عن الله سبحانه وتعالى .

المبحث الثالث عشر

المخاطب - بكسر الطاء - هل يدخل فى عموم خطابه

اذا صدر أمر عام أو خبر عام أو نهى عام من المخاطب وهو المتكلم فهل يكون المتكلم داخلاً فى متعلق هذا الأمر أو الخبر أو النهى ، أو لايكون داخلاً فيه ؟

اختلف الأصوليون فى ذلك على قولين :

الأول : وهو قول أكثر العلماء أن المتكلم يدخل فى عموم متعلق خطابه .

الثانى : وهو لبعض الأصوليين أن المتكلم لايدخل فى عموم متعلق خطابه[1] .

استدل أصحاب القول الأول : بقوله سبحانه وتعالى : " والله بكل شئ عليم "[2] فان هذا القول يشمل ذاته تعالى وصفاته ، وهما داخلان فيه اتفاقاً ، وهو خبر .

وأيضاً : أن السيد إذا قال لعبده : من أحسن إليك فأكرمه ، أو قال له : من احسن اليك فلا تسئ إليه ، ثم أحسن اليه السيد فلم يكرمه أو أساء إليه ، فانه يكون مقصراً ويستحق اللوم على ذلك ، فلو لم يكن الخطاب

(1) المحصول ٤٥٢/١ ، الاحكام ٢٥٥/٢ ، المستصفى ٨٨/٢ ، شرح الجلال على جمع الجوامع ٢٩/٢ ، البحر المحيط ١٩٢/٣ ، البرهان ٢٤٧/١ ، نهاية السول ٧٥/٢ ، ارشاد الفحول ص ١٣٠ .

(2) سورة البقرة من الآية ٢٩ .

متناولاً للسيد وأنه من جملة من أمر العبد باكرامه أو بعدم الاساءة إليه ، لما عد العبد مقصراً ولما استحق اللوم لأنه لم يخالف مامأمر به ، فدل ذلك على أن المتكلم يدخل فى عموم متعلق خطابه ، وهو المدعى .

واستدل أصحاب القول الثانى بما يأتى :

أولاً : لو دخل المتكلم فى عموم متعلق خطابه لكان قوله سبحانه وتعالى : " الله خالق كل شئ "[1] مقتضياً دخوله تعالى فى هذا الخطاب ودخول صفاته ، وهو باطل اتفاقاً .

نوقش هذا : بأن الخطاب بمقتضى عمومه لغة يقتضى دخوله سبحانه ، ولكن العقل منع من الدخول ، فيكون هذا العام مخصصاً بالعقل ، وتخصيص العام جائزاً اتفاقاً .

ثانياً : قالوا لو كان المتكلم داخلاً فى عموم متعلق خطابه لكان قول السيد لعبده : من دخل دارى فتصدق عليه بدرهم مقتضياً دخول السيد فى هذا الخطاب ، فيكون العبد مأموراً بالتصدق على السيد بالدرهم إذا دخل السيد الدار ، ولو كان مأموراً بذلك لكان العبد عند امتثاله لهذا الأمر بالتصدق على السيد بالدرهم غير ملوم ، ولا فاعلاً مايستحق الذم والقبح ، لكن تصدق العبد على السيد بالدرهم عند دخوله الدار يوجب الذم فى نظر العقلاء ويجعل ذلك مستقبحاً منه ، فدل ذلك على أن السيد داخل فى عموم

---

[1] سورة الرعد من الآية ١٦ .

متعلق خطابه ، وبالتالى فلا يكون المتكلم داخلاً فـى عمـوم خطابـه ، وهو المدعى .

نوقش هذا : بأن السيد داخل فى الخطـاب بمقتضـى عمومـه لغـة ، ولكن القرينة منعـت مـن دخولـه ، فتكـون مخصصـة للعمـوم والتخصيص جائز[1] .

والراجح هو ماذهب إليه أصحاب القول الأول لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارض .

---

(1) البرهان لإمام الحرمين ٢٤٧/١ - ٢٤٨ ، الاحكـام للآمـدى ٢٥٥/٢ - ٢٥٦ ، أصـول الفقـه للشـيخ زهير ٢٢٩/٢ - ٢٣٠ .

المبحث الرابع عشر
جمع المذكر السالم هل يتناول الإناث

اتفق الأصوليون : على أن اللفظ الخاص الموضوع لغة لكل من الرجل والمرأة لايدخل فيه النوع الآخر ، كالرجال والنساء .

واتفقوا أيضاً : على أن لفظ الجمع المجرد عن التذكير والتأنيث يعم الرجل والمرأة ، كلفظ " الناس " .

واختلفوا فى لفظ الجمع الذى ظهرت فيه علامة التذكير ، وهو جميع المذكر السالم : كالمسلمين ، والمؤمنين ، هل يتناول الإناث إلى جانب الذكور ؟ أو هو خاص بالذكور ؟ .

اختلف الأصوليون فى ذلك على مذهبين :

الأول : أنه خاص بالذكور ، فلا تدخل النساء فيه ، وإلى هذا ذهب الجمهور من الشافعية والحنفية والمالكية واختاره أبو بكر الباقلانى والغزالى .

الثانى : أنه يتناول الاناث كما يتناول الذكور ، وإلى هذا ذهب الحنابلة وبعض الظاهرية[1] .

---

(1) البرهان لامام الحرمين ٢٤٤/١ ، المستصفى ٧٩/٢ ، أحكام الفصول للباجى ص ٢٤٤ ، البحر المحيط ١٧٨/٣ ، تيسير التحرير ٢٣١/١ ، المعتمد ٢٣٣/١ ، أصول الفقه للخضرى ص ١٥٨ ، ارشاد الفحول ص ١٢٧.

استدل الجمهور بما يأتى :

أولاً : ماثبت عن أم سلمة – رضى الله عنها – أنها قالت : يارسول الله ، ان النساء قلن : مانرى الله ذكر إلا الرجال ، فأنزل الله سبحانه وتعالى : " ان المسلمين والمسلمات ، والمؤمنين والمؤمنات "[1].

وجه الدلالـــة :

أن النساء لو ذكرن مع الرجال لما صح منهن أن يقلن هذا القول ، ولما أقرهن النبى ﷺ على ذلك .

ثانياً : أن جمع المذكر تكرير لمفرده ، فالمسلمون تكرير لمسلم ، والمؤمنون تضعيف لمؤمن ، والمفرد المذكر لايشمل المؤنث اتفاقاً ، فالجمع لايتناول المؤنث كذلك .

واستدل أصحاب المذهب الثانى بما يأتى :

أولاً : أن العرب من عادتهم ومألوفهم أنه إذا اجتمع الذكور مع الاناث ، غلبوا الذكور على الاناث ولو كان الذكر واحدا ، فعند تمحض النساء يقال " ادخلن " وعند وجود الذكر معهن يقال " ادخلوا " والقرآن نزل بلغة العرب ، فكان جارياً على مألوفهم ، وبذلك تكون صيغ جمع المذكر الواردة فى القرآن أو السنة متناولة للإناث إلا ماقام الدليل على اختصاص الذكور به .

---

(١) سورة الأحزاب من الآيـــة ٣٥ .

ثانياً : أن أكثر أوامر الشرع ونواهيه قد وردت بصيغة الجمع المذكر ، فلو كانت الصيغة خاصة بالذكور ، لكانت تلك التكاليف خاصة بهم لاتتعداهم إلى النساء ، وهذا خلاف ما أجمعت عليه الأمة ، فكان ذلك دليلاً على أن الصيغة تتناول الجميع .

والراجح من ذلك : ماذهب إليه الجمهور ، لقوة أدلتهم ، ولأن مرجع أدلة المخالفين عند التحقيق لا إلى دخول النساء من ذات اللفظ والصيغة ، وإنما لقرينة أخرى ، كالتغليب ، لأن من لغة العرب تغليب الذكور على الإناث ، ومن باب التجوز ، وليس هذا محلا للنزاع وإنما محل النزاع جمع التذكير عند الاطلاق[1] .

---

[1] الاحكام للآمدى ٢٤٤/٢ ، أصول الفقه للشيخ زهير ٢٢٠/٢ .



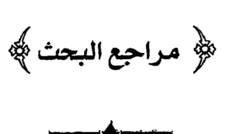
خاتمة

من خلال هذا العرض لموضوع العام ، تبين لنا أهمية دراسة وتحصيل موضوع " العام " لدارس الفقه ، وغيره من العلوم الأخرى ، باعتباره أحد أهم أقسام اللفظ ، من حيث المعنى الموضوع له ، وهو بمثابة أنموذج لأدق وأهم مواضيع علم أصول الفقه ، وهو : الدلالات وكيفية افادتها للأحكام ، باعتبار ذلك أداة الاجتهاد فى استنباط الأحكام .

وقد حاولت غاية الوسع تحرير العبارة الأصولية مع اسناد الآراء إلى أصحابها من مصادرها المعتبرة ، وترجيح مارأيته راجحاً عند اختلاف الرأى .

ولعل الربط بين النظر والتطبيق بالأمثلة ، وأثر الخلاف ، وثمرته، أفاد تقريب هذا المبحث إلى الواقع .

واسأل الله القبول والسداد ، والعفو عن التقصير ، إنه ولى ذلك ، والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .



مراجع البحث

١ - القرآن الكريم .

٢ - الابهاج فى شرح المنهاج لشيخ الاسلام ، على بن عبد الكافى السبكى المتوفى سنة ٧٥٦ ، وولده تاج الدين بن عبد الوهاب بن على السبكى المتوفى سنة ٧٧١ هـ ، ط / مكتبة الكليات الأزهرية ، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

٣ - الاحكام فى أصول الأحكام ، سيف الدين على بن محمد الآمدى المتوفى سنة ٦٣١هـ ، طبعة دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة ، سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م .

٤ - احكام الفصول فى أحكام الأصول للإمام الباجى المالكى تحقيق عبد المجيد تركى ، ط / أولى سنة ١٤٠٧هـ دار الغرب الاسلامى بيروت ، تحقيق الدكتور عبد الله الجبورى ، ط أولى سنة ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م ، مطبعة الرسالة بيروت .

٥ - ارشاد الفحول .... ، محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، ط/ أولى - مطبعة مصطفى الحلبى .

٦ - أصول السرخسى ، للإمام محمد بن أحمد السرخسى ، المتوفى سنة ٤٩٠هـ ، ط / أولى ، سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان .

٧ - أصول الفقه ، للدكتور حسين حامد حسان ، طبع دار النهضة العربية بمصر ، سنة ١٩٧٠م .
٨ - أصول الفقه للخضرى للشيخ محمد الخضرى ، ط / المكتبة التجارية الكبرى ، ط / خامسة مطبعة السعادة بمصر ، سنة ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م .
٩ - أصول الفقه الاسلامى ، للدكتور زكى الدين شعبان ، ط / دار نافع للطباعة والنشر .
١٠- أصول الفقه ، الإمام محمد أبو زهرة ، طبع دار الثقافة العربية للطباعة بمصر .
١١- أصول الفقه ، محمد أبو النور زهير ، طبع دار الطباعة المحمدية بالقاهرة .
١٢- أصول الفقه ، محمد زكريا البرديسى ، مطبعة دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة .
١٣- أصول الفقه الإسلامى ، الدكتور وهبة الزحيلى ، ط / أولى ، سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م دار الفكر بدمشق .
١٤- البحر المحيط ، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشى الشافعى ، المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، طبع دار الصفوة للطباعة والنشر بالغردقة تحرير ومراجعة د/ عمر سليمان الأشقر ، د / عبد الستار أبو غدة ، ط / ثانية ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م .
١٥- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، المتوفى سنة ٥٨٧هـ ، ط / ثانية ، سنة ١٩٨٢م ، دار الكتاب العربى ، بيروت .

١٦- البرهان فى أصول الفقه ، لإمام الحرمين ، عبد الملك بن عبد الله الجوينى المتوفى سنة ٤٧٨هـ ، تحقيق عبد العظيم الديب ، طبعة دار الوفاء للطباعة والنشر بالمنصورة .

١٧- التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول ، الشيخ منصور على ناصف ، ط رابعة ، سنة ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م ، دار الفكر .

١٨- التبصرة فى أصول الفقة ، الإمام ابراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو ، طبع دار الفكر بدمشق ، سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

١٩- تكملة المجموع شرح المهذب ، للمحقق محمد حسين العقبى ، مطبعة الإمام بالقاهرة .

٢٠- تنوير الحوالك شرح موطأ الإمام مالك ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى ، المتوفى سنة ٩١١هـ ، المكتبة الثقافية ، بيروت لبنان سنة ١٩٨٤هـ .

٢١- تيسير التحرير ، لمحمد أمين ، المعروف بأمير شاه الحسينى ، طبعة دار الفكر .

٢٢- الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى ، ط / دار الكتاب العربى للطباعة والنشر بمصر ، سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م .

٢٣- حاشية العطار على جمع الجوامع ، للشيخ حسن العطار ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

٢٤- الرسالة فى أصول الفقه ، للإمام محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار التراث ، القاهرة ، ط/ ثانية ، سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .
٢٥- سبل السلام شرح بلوغ المرام ، للشيخ محمد بن اسماعيل الصنعانى، المتوفى سنة ١١٨٢هـ ، طبعة دار الجيل للطباعة بالقاهرة .
٢٦- سنن ابن ماجة ، للإمام أبى عبد الله بن ماجة القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ ، مطبعة دار الفكر بيروت ، دار احياء الكتب العربية لعيسى الحلبى .
٢٧- سنن أبى داود ، للإمام سليمان بن الأشعث المتوفى سنة ٢٧٥هـ تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد ، طبعة دار احياء السنة النبوية، المكتبة التجارية الكبرى بمصر ، المكتبة العصرية ، بيروت.
٢٨- سنن البيهقى (الكبرى) ، للإمام أحمد بن الحسين بن على البيهقى ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .
٢٩- سنن الترمذى ، للإمام أبى عيسى الترمذى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٩٧هـ ، مطبعة مصطفى الحلبى ، دار الحديث بالقاهرة .
٣٠- سنن الدارمى ، للإمام عبد الله بن عبد الرحمن الدارمى المتوفى سنة ٢٥٥هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، دار الريان ، للتراث .
٣١- سنن النسائى بشرح جلال الدين السيوطى وحاشية السندى ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .

٣٢- شرح الاسنوى نهاية السول شرح منهاج الوصول فى علم الأصول ، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الاسنوى المتوفى سنة ٧٧٢هـ - مطبعة محمد على صبيح .

٣٣- شرح البدخشى مناهج العقول شرح منهاج الوصول أيضاً ، للإمام محمد بن الحسن البدخشى ، مطبعة محمد على صبيح .

٣٤- شرح تنقيح الفصول ، لشهاب الدين أبى العباس القرافى المتوفى سنة ٦٨٤هـ ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة بمصر ، سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

٣٥- شرح الجلال مع حاشية العطار على جمع الجوامع ، للشيخ جلال الدين محمد بن أحمد المحلى ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .

٣٦- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ، للقاضى عضد الملة والدين الايجى المتوفى سنة ٧٥٦هـ - مطبعة الكليات الأزهرية مراجعة الدكتور شعبان محمد اسماعيل .

٣٧- الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى ، طبعة دار الفكر ، بيروت.

٣٨- شرح الكوكب الساطع فى نظم جمع الجوامع ، للسيوطى ، رسالة مقدمة لكلية الشريعة بالقاهزة للباحث محمود عبد الرحمن عبد المنعم.

٣٩- صحيح مسلم بشرح النووى ، للإمام مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١هـ تحقيق عبد الله احمد أبو زينة ، مطبعة الشعب ، دار الكتب العلمية ، بيروت . .

٤٠- عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى ، للإمام الحافظ بن العربى المالكى المتوفى سنة ٥٤٣هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .

٤١- عون المعبود شرح سنن أبى داود ، للعلامة أبى الطيب محمد شمس الحق ، تحقيق محمد عبد الرحمن عثمان ، دار الفكر ، بيروت .

٤٢- فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، للإمام أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ - دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٤٣- فصول الأصول ، لخلفان بن جميل ، طبعة وزارة التراث القومى والثقافى بعمان ، سنة ١٩٨٢م .

٤٤- الفصول فى الأصول ، للإمام أحمد بن على الرازى الجصاص ، تحقيق الدكتور / عجيل جاسم النشمى ، مطبعة الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية بالكويت ، سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

٤٥- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، لعبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصارى ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، مع المستصفى .

٤٦- كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى ، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠هـ - طبعة دار الكتاب العربى ، بيروت ، سنة ١٩٧٤م .

٤٧- لسان العرب ، لأبى الفضل جمال الدين محمد بن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ ، طبعة دار المعارف .

٤٨- اللمع فى أصول الفقه ، للشيخ ابراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، ط ثالثة سنة ١٣٧٧هـ / ١٩٥٧م ، مطبعة مصطفى الحلبى .
٤٩- المبسوط ، لشمس الدين السرخسى ، طبعة دار المعرفة بيروت ، سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
٥٠- المحصول فى أصول الفقه ، لمحمد بن عمر بن الحسين الرازى المتوفى سنة ٦٠٦هـ - ط / أولى سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .
٥١- المستصفى من علم الأصول ، لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ ، طبعة ثانية دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان.
٥٢- مسند الإمام إحمد ، للإمام أحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ - طبعة دار صادر بيروت .
٥٣- المسودة فى أصول الفقه ، لآل تيمية عبد السلام ابن تيمية المتوفى سنة ٦٥٢هـ ، وعبد الحليم بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٨٢هـ ، وأحمد بن عبد الحليم المتوفى سنة ٧٢٨هـ ، مطبعة المدنى بمصر .
٥٤- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير ، لأحمد بن محمد بن على الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠هـ - طبعة بيروت لبنان .
٥٥- المعتمد فى أصول الفقه ، لأبى الحسين محمد بن على بن الطيب البصرى المعتزلى ، المتوفى سنة ٤٣٦هـ - ط أولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .
٥٦- مغنى المحتاج شرح المنهاج ، لمحمد الخطيب الشربينى ، مطبعة عيسى الحلبى .

٥٧- المغنى على الشرح الكبير ، لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ - دار الكتاب العربى بيروت ، سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

٥٨- المنتقى من أخبار المصطفى ، لمجد الدين أبى البركات عبد السلام الشهير بابن تيمية - ط / ثانية ، سنة ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م ، طبعة دار الفكر .

فهرس الموضوعات

بحث فى

حجية عمل أهل المدينة عند الأصوليين

إعداد

دكتور / مدحت مصطفى أحمـــــد



الحمد لله رب العالمين ، منتهى حمد الحامدين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين ، ورضى الله عن كل الصحابة أجمعين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد :

فإن عمل أهل المدينة يعتبر أصلاً من الأصول التى اعتنى بها الإمام مالك ، إذ هو الأصل الرابع من الأصول التى بنى عليها فقهه بعد الكتاب والسنة والاجماع .

عده دليلاً شرعياً يعتد به ، ومصدراً فقهياً يعتمد عليه فى فتاويه ولهذا كان كثيراً مايقول – بعد ذكر الأخبار والأحاديث – الأمر المجتمع عليه عندنا ، أو الأمر المجتمع عليه ببلدنا ، أو الذى عليه أهل العلم ببلدنا. أما جمهور العلماء : فلم يجعلوه أصلاً مستقلاً بذاته .

وإنما أثار إختلافاً كبيراً بينهم ، وقد انصب هذا الإختلاف كله على أخذ الإمام مالك بعمل أهل المدينة فيما سجله فى كتابه الموطأ ، وفى غيره فيما نقل عنه كالمدونة .

من ذلك رسالة الليث بن سعد جواباً على رسالة الإمام مالك إليه والتى يعتذر فيها لمالك عن عدم لزوم الالتزام بكل عمل أهل المدينة ، ومن ذلك كتاب الشافعى الذى سجله عنه الربيع فى الأم .

ومن ذلك أيضاً كتاب محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبى حنيفة – رحمه الله – بعد أن حضر إلى المدينة وأخذ عنه الموطأ ، وسمى كتابه " الحجة على أهل المدينة "[1] .

إلا أن هذا الاختلاف حمل بعض المؤلفين على أن يخلط فى العزو فيعزو إلى الإمام الشافعى كلام بعض منكرى الإجماع ، ويكون بصنيعه هذا قد اتخذ دليلاً على أن الشافعى ، وهو تلميذ لمالك ينكر إجماع أهل المدينة .

وهذا ما صنعه الإمام الرازى فى كتابه مناقب الإمام الشافعى ، حيث نقل عن الإمام الشافعى أنه قال فى الكتاب الذى وضعه عن مالك : "أن هناك مسائل ترك فيها الإمام مالك الأخبار الصحيحة لقول واحد من الصحابة، أو لقول بعض التابعين أو لرأى نفسه، وذلك أنه ربما يدعى الإجماع، وهو مختلف فيه " .

وقال الإمام الرازى أيضاً: " ثم بين الشافعى أن ادعاء إجماع أهل المدينة قول ضعيف "[2] .

وهو ما صنعه أيضاً الإمام الشوكانى فى كتابه : إرشاد الفحول ، حيث قال : قال الشافعى فى كتاب اختلاف الحديث : قال بعض اصحابنا :

---

[1] عمل أهل المدينة : عطية محمد سالم ص ١٤ ، ١٥ .

[2] مناقب الإمام الشافعى للإمام الرازى ص ٥٢ ، ٥٣ .

إنه حجة ، وماسمعت أحداً ذكر قوله الا عابة ، وان ذلك عندى معيب ".[1]
كما سبقه الزركشى إلى هذا فى كتابه البحر المحيط[2].

بينما نجد أن الشافعى نقل عنه فى أكثر من موضع من رواية يونس ابن عبد الأعلى : قال : قال لى الشافعى : إذا وجدت متقدمى أهل المدينة على شئ فلا يدخل قلبك شك أنه الحق ، وكلما جاءك شئ غير ذلك فلا تلفت إليه ، ولاتعبأ به .

وفى لفظ : إذا رأيت أوائل أهل المدينة على شئ فلا تشك أنه الحق" .

وقال القاضى أبى يعلى – فى فصل ترجيحات الألفاظ – فإن اقترن بأحدهما عمل المدينة لم يقدم به ،خلافاً لأصحاب الشافعى فى قولهم:يقدم به.

وذكروا ذلك فى حديث الترجيع فى الآذان ، وإنه يقدم على غيره، لأنه عمل أهل المدينة بعد النبى –ﷺ–[3].

بل إن الامام الرازى – بعد أن انتهى من الحديث عن إجماع أهل المدينة – قال : فهذا هو تقرير قول مالك – رحمه الله – وليس بمستبعد كما اعتقده هو وجمهور أهل الأصول[4] .

لذا فإننى قبل أن أتكلم على حجية عمل أهل المدينة ، أو حجية المالكية فيما اختلفوا فيه مع غيرهم ، سوف أقوم أولاً بتحقيق مذهب

---

[1] ارشاد الفحول للشوكانى ص ٨٢ .

[2] البحر المحيط للزركشى ٤٨٣/٤ .

[3] العده فى أصول الفقه لأبى يعلى /١٠٥٢ .

[4] المحصول فى علم الأصول للإمام الرازى ١٦٦/٢ .

المالكية فى عمل أهل المدينة – بأن أشير إلى مانقل عن الإمام مالك ، مع بيان المراد فيما نقل عنه – حيث إن من حقق النظر فيما نقل عن الإمام مالك يجد أن المالكية لايقولون بإجماع أهل المدينة ، وإنما مذهب المالكية فى حقيقة أمره عمل أهل المدينة وروايتهم أرجح من عمل غيرهم وروايتهم .

هذا ، وقد خططت لبحثي هذا فجعلته فى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة .

أما المقدمة : ففى بيان خطة البحث وأهميته .

وأما المبحث الأول : ففى تحقيق مذهب المالكية فى عمل أهل المدينة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : فيما نقل عن الإمام مالك فى عمل أهل المدينة .

المطلب الثانى : فى تحرير مذهب الإمام مالك .

وأما المبحث الثانى : فقد عقدته لبيان حجية عمل أهل المدينة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : فى تحرير محل النزاع ، وأقوال العلماء .

المطلب الثانى : فى الأدلة .

وأما المبحث الثالث : ففى تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف فى حجية عمل أهل المدينة فى اختلاف الفقهاء .

وفيه سبعة مطالب :

المطلب الأول : إقامة الصلاة .

المطلب الثانى : فائتة السفر .

المطلب الثالث : سجدات التلاوة .

المطلب الرابع : الزكاة فى الفواكه والخضروات .

المطلب الخامس: خرص التمر والعنب .

المطلب السادس: المرأة إذا فارقها زوجها الثانى وعادت إلى الأول .

المطلب السابع : توريث ذوى الأرحام .

وأما الخاتمة : فقد بينت فيها أهم ما استبان لى من هذا البحث .

هذا .... والناظر فى بحثى يرى صدق قولى ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن كانت الأخرى فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريئان .

دكتور
مدحت مصطفى أحمد

المبحث الأول

فى تحقيق مذهب المالكية
فى عمل أهل المدينة

وفيه مطلبان :

★ **المطلب الأول** : مانقل عن الإمام مالك فى عمل أهل المدينة

★ **المطلب الثانى** : تحرير مذهب الإمام مالك

المطلب الأول

ما نقل عن الإمام مالك فى عمل أهل المدينة

قال الغزالى : " عن مالك فقط الإنعقاد بالمدينة "[1] .

وقال الرازى : " قال مالك : إجماع أهل المدينة وحدها حجة ، وقال الباقون : ليس كذلك "[2] .

وقال الآمدى : " اتفق الأكثرون على أن إجماع أهل المدينة وحدهم لايكون حجة على من خالفهم فى حالة انعقاد إجماعهم ، خلافاً لمالك فإنه قال : يكون حجة "[3] .

وقال البيضاوى : " قال مالك - رضى الله عنه - إجماع أهل المدينة حجة "[4] .

وقال ابن الحاجب : " إجماع المدينة من الصحابة والتابعين حجة عند مالك "[5] .

وقال الإمام القرافى : " وإجماع أهل المدينة عند مالك فيما طريقه التوقيف حجة ، خلافاً للجميع "[6].

---

(1) راجع : المستصفى من علم الأصول للغزالى ٢٣٢/٢ .

(2) راجع : المحصول فى علم الأصول للرازى ١٦٢/٢ .

(3) راجع : الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٣٤٥/١ .

(4) راجع : منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى ناصر الدين البيضاوى ٢٨٧/٢ .

(5) راجع : مختصر المنتهى لابن الحاجب ٣٥/٢ .

(6) شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول لشهاب الدين القرافى ص ٣٣٤ .

وقال ابن حزم : " وقالت طائفة : الإجماع هو إجماع أهل المدينة ، ثم قال ابن حزم : وهذا قول المالكيين "[1] .

وقال البخارى : " نقل عن مالك - رحمه الله - أنه قال : أهل المدينة إذا أجمعوا على شئ لم يعتد بخلاف غيرهم " [2] .

وقال العلامة بدر الدين الزركشى : " إجماع أهل المدينة على الإنفراد لايكون حجة ، وقال مالك : إذا أجمعوا لم يعتد بخلاف غيرهم"[3].

وقال ابن الهمام : " ولا ينعقد بأهل المدينة وحدهم ، خلافاً لمالك"[4].

وقال أبو الحسين البصرى : وحكى عن مالك أنه قال : قال : إجماع أهل المدينة وحدهم حجة[5] .

وقال الأسمندى : وحكى عن مالك ، وجماعة : أنهم جعلوا إجماع أهل المدينة وحدهم حجة[6] .

وقال ابن النجار : وكذا لايكون إجماع أهل المدينة حجة مع مخالفة مجتهد عند جماهير العلماء ....

ثم قال : وخالف فى ذلك الإمام مالك - رضى الله عنه -[7] .

---

(1) راجع : الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ١٤٥/٢ .

(2) راجع : كشف الأسرار للبخارى ٢٤١/٣ .

(3) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤٨٣/٤ .

(4) تيسير التحرير لأمير بادشاه ٢٤٤/٣ .

(5) راجع : المعتمد فى أصول الفقه لأبى الحسين البصرى ٣٤/٢ .

(6) راجع : بذل النظر فى الأصول للأسمندى ص ٥٤٦ .

(7) راجع : شرح الكوكب المنير لابن النجار ٢٣٧/٣ .

وقال الإمام الشيرازى : " وقال مالك : إذا اجتمع أهل المدينة ، لم يعتد بخلاف غيرهم "[1] .

وقال الإمام الشوكانى : " إجماع أهل المدينة على انفرادهم ليس بحجة عند الجمهور ، لأنهم بعض الأمة " .

وقال مالك : " إذا أجمعوا لم يعتد بخلاف غيرهم "[2].

قلت : بل صرح الامام بأخذه بعمل أهل المدينة فى فتاويه ، وبين بعض البواعث التى بعثته على ذلك .

وليس هناك أدل على اتجاه مالك هذا من الرسالة التى بعث بها إلى الليث بن سعد – فقيه مصر – رضى الله عنه – .

والتى نصها :

من مالك بن أنس إلى الليث بن سعد ، سلام عليكم ، فإنى أحمد الله الذى لا إله إلا هو ، أما بعد :

عصمنا الله وإياك بطاعته فى السر والعلانية ، وعافانا الله وإياكم من كل مكروه .

واعلم – رحمك الله – أنه بلغنى أنك تفتى الناس بأشياء مخالفة لما عليه الناس عندنا وببلدنا الذى نحن فيه ، وأنت فى أمانتك وفضلك ومنزلتك من أهل بلدك ، وحاجة من قبلك إليك واعتمادهم على ماجاء منك، حقيق بأن تخاف على نفسك ، وتتبع مانرجو النجاة باتباعك ، فإن

---

[1] راجع : اللمع فى أصول الفقه للشيرازى ص ٥٠ .

[2] راجع : إرشاد الفحول فى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى ص ٨٠ .

الله – تعالى – يقول فى كتابه : " والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار....[1] الآية .

وقال تعالى : " فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه..."[2] الآية .

فإنما الناس تبع لأهل المدينة ، إليها كانت الهجرة وبها تنزل القرآن وأحل الحلال ، وحرم الحرام ، كان رسول الله – ﷺ – بين أظهرهم ، يحضرون الوحى والتنزيل ، ويأمرهم فيطيعونه .

ويسن لهم فيتبعونه ، حتى توفاه الله ، واختار له ماعنده – صلوات الله عليه ورحمته وبركاته .

ثم قام من بعده اتبع الناس له من أمته ممن ولى الأمر من بعده ، فلما نزل بهم مما علموا أنفذوه ، ومالم يكن عندهم فيه علم سألوا عنه.

ثم أخذوا بأقوى ماوجدوا فى ذلك فى اجتهادهم وحداثة عهدهم ، وإن خالفهم مخالف، أو قال امرؤ غيره أقوى منه وأولى ترك قوله وعمل بغيره .

ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبل ، ويتبعون تلك السنن.

فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهراً معمولاً به لم أر لأحد خلافه ؛ للذى بين أيديهم من تلك الوراثة التى لايجوز انتحالها ولا ادعاؤها .

---

[1] من الآية (١٠٠) من سورة التوبة .

[2] من الآيتين (١٧،١٨) من سورة الزمر .

ولو ذهب أهل الأمصار يقولون : هذا العمل ببلدنا وهذا الذى مضى عليه من مضى منا ، لم يكونوا فيه من ذلك على ثقة ولم يكن لهم من ذلك الذى جاز لهم .

فانظر - رحمك الله - بما كتبت إليك لنفسك ، واعلم أنى أرجو ألا يكون دعائى إلى ماكتبت به إليك إلا النصيحة لله وحده ، والنظر لك ، والظن بك فانزل كتابى منزلته ، فإنك إن فعلت تعلم أنى لم آلك نصحاً وفقنا الله وإياك لطاعته وطاعة رسوله فى كل أمر وعلى كل حال ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته[1] .

كذا نقل العلماء عن الإمام مالك قوله فى عمل أهل المدينة.

لكن : مالمراد من قول الإمام مالك هذا فيما نقل عنه ، أو فيما جاء فى نص رسالته السابق ذكرها ؟

هذا ما سوف نبينه - إن شاء الله تعالى فى المطلب التالى .

---

(1) من كتاب أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء للدكتور مصطفى الخن ص ٤٥٧-٤٥٨ عن كتاب تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور / محمد يوسف موسى ص ٢٠٣-٢٠٤ عن كتاب ترتيب المدارك للقاضى عياض ص ٣٤ ، وراجع : اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٧٢/٣ ، ٧٣ .

المطلب الثانى

تحرير مذهب الإمام مالك فى عمل أهل المدينة

أولاً : تفسير مراد الإمام مالك فيما نقل عنه فى حجية عمل أهل المدينة :

اختلف أصحاب الإمام مالك فى تفسير مذهبه هذا على أقوال متعددة .

قال الباجى : إنما أراد – أى الإمام مالك فيما نقل عنه – بعمل أهل المدينة ما طريقه النقل المستفيض ، أى المنقولات المستمرة المتكررة الوجود كثيراً : كالصاع والمد ، والآذان ، والإقامة ، وعدم الزكاة فى الخضروات ، مما تقضى العادة بأن يكون فى زمن النبى – ﷺ – فإنه لو تغير عما كان عليه لعلم .

ثم قال الباجى – أيضاً – فأما مسائل الاجتهاد فهم وغيرهم فيها سواء[1] .

قال العلامة بدر الدين الزركشى – معلقاً على ماذكره الباجى – حكاه القاضى فى " التقريب " عن شيخه الأبهرى[2] .

قلت : وإليه ذهب القرافى فى شرح " المنتخب " وصحح فى مكان آخر التعميم فى مسائل الاجتهاد وفيما طريقه النقل .

---

(1) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤٨٤/٤ ، ارشاد الفحول ص ٨٢ .

(2) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤٨٤/٤ .

وقال ابن أمير الحاج : وهو رأى أكثر المغاربة من أصحابه ، وذكر ابن الحاجب : أنه الصحيح ، وقالوا فى رسالة مالك إلى الليث بن سعد مايدل عليه [1] .

وقيل : مراده – أى الإمام مالك – أن روايتهم مقدمة على رواية غيرهم. ونقل ابن السمعانى وغيره : أن للشافعى فى " القديم " مايدل على هذا[2] .

وقيل : إنه أراد أن يكون إجماعهم أولى ولاتمتنع مخالفته .

وقيل : إن قوله محمول على إجماع المتقدمين من أهل المدينة[3] .

وقد أشار الشافعى – رضى الله عنه – إلى هذا فى " القديم " ورجع رواية أهل المدينة على غيرهم ، من رواية يونس بن عبد الأعلى ، قال : قال لى الشافعى – رضى الله عنه – : إذا وجدت متقدمى أهل المدينة على شئ فلا يدخل قلبك شك أنه الحق ، وكلما جاءك شئ غير ذلك، فلا تلتفت إليه ، ولا تعبأ به ، فقد وقعت فى البحار ، ووقعت فى اللجج .

وفى لفظ له : إذا رأيت أوائل أهل المدينة على شئ فلا تشكن أنه الحق ، والله إنى لك ناصح ، والقرآن لك ناصح ، وإذا رأيت قول سعيد ابن المسيب فى حكم أو سنة فلا تعدل عنه إلى غيره[4].

وقيل : أراد بإجماع أهل المدينة : الفقهاء السبعة وحدهم[5] .

---

[1] راجع : شرح تنقيح الفصول ص ٣٣٤ ، التقرير والتحبير على تحرير الكمال ١٠٠/١ ، الاحكام فى أصول الاحكام للآمدى ٣٤٩/١ ، مختصر ابن الحاجب ٣٥/٢ .

[2] راجع : التقرير والتحبير ١٠٠/١ ، بذل النظر ص ٥٤٦ ، المعتمد فى أصول الفقه ٣٤/٢ .

[3] راجع : الاحكام فى أصول الاحكام للآمدى ٣٤٩/١ .

[4] راجع : البحر المحيط ٤٨٥/٤ ، التقرير والتحبير ١٠٠/١ .

[5] وهم من التابعين : ابن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وخارجة بن زيد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هاشم ، وسليمان بن يسار ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعد . راجع : إعلام الموقعين ٢٣/١ ، المنخول ص ٣١٤ .

بمعنى : أنه إذا أجمعوا على مسألة إنعقد بهم الإجماع ، ولم يجز لغيرهم مخالفتهم .

قال أبو منصور : ووجه ذلك : لعلهم كانوا عنده أهل الاجتهاد فى ذلك دون غيرهم .

ثم رد هذا أبو منصور بقوله : إنه ليس بصحيح .

وقال القاضى عياض : هذا لم يقله مالك ولا نقل عنه .

وقال أبو منصور : بل الصحيح الأول ، يعنى : فقهاء أهل المدينة بالإطلاق[1] .

[1] راجع : حجية الإجماع للأستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلى ص ٤٣٠ ، نقلاً عن ترتيب المدارك ٣٥،٣٤/١ ، إجماع الأمة حجة شرعية للأستاذ الدكتور / سعيد مصيلحى ص ٢٥٤ .

ثانياً : تفسير مراد الامام مالك فيما نقل عنه من مصطلحات فـى فتاويـه ورسالته إلى الليث بن سعد :

جاء فى المدارك للقاضى عياض : قيل لمالك : قولك فـى الكتـب ، وفى بعض النسخ فى الكتاب : " الأمر المجتمع عليـه " و " الأمـر عندنـا " و " أدركت أهل العلم " و " سمعت بعض أهل العلم " .... إلى آخره .

فقال : أمـا أكـثر مـافى الكتـب " فرأيـى " فلعمـرى مـاهو برأيـى ، ولكن سماع من غير واحـد مـن أهـل العلم والفضـل والأئمـة المقتدى بهـم الذين أخذت عنهم ، وهـم الذين كـانوا يتقـون اللـه ، فكثر علـىّ ، فقلـت : "رأيـى" وذلـك رأيـى إذا كـان رأيهـم مثـل رأى الصحابــة أدركوهـم عليــه وأدركتهم أنا على ذلك ، فهذا وراثة توارثوها قرناً عن قرن إلى زماننا .

وماكان فيه : " الأمر المجتمع عليه " فهو ما اجتمع عليه من قـول أهل الفقه والعلم ، لم يختلفوا فيه .

وماقلت : " الأمر عندنا " فهو ماعمل الناس به عندنا ، وجـرت بـه الأحكام ، وعرفه الجاهل والعالم .

وكذلك ماقلت فيه : " ببلدنا " ، وما قلت فيه : " بعض أهـل العلـم " فهو شئ استحسنته من قول العلماء .

وأما مالم أسمع منه (أى منهم) فاجتهدت ونظرت علـى مذهـب مـن لقيته ، حتـى وقـع ذلـك موقـع الحـق ، أو قريبـاً منـه ، حتـى لايخـرج عـن مذهب أهل المدينة وآرائهم ، وإن لم أسمع ذلك بعينه ، فنسبت الـرأى إلـىّ بعد الإجتهاد مع السنة ، ومامضى عليه أهـل العلـم المقتدى بهـم ، والأمـر

المعمول به عندنا منذ لدن رسول الله - ﷺ - والأئمة الراشدين ، مع من لقيت ، فذلك رأيهم ماخرجت إلى غيرهم[1] .

[1] راجع : عمل أهل المدينة عطية محمد سالم ، ص ٤٧ ، ٤٨ ، نقلاً عن ترتيب المدارك ص ٢/٧٤٢٥٦ .

ماهية عمل أهل المدينة :

عمل أهل المدينة – كما قال بعض المتأخرين[1] – منه ماهو متفق عليه بين المسلمين ، ومنه ماهو قول جمهور أئمة المسلمين ، ومنه مالا يقول به إلا بعضهم ، وذلك لأن عمل أهل المدينة على مراتب أربعة :

المرتبة الأولـــى :

عمل أهل المدينة مما تقضى العادة بأن يكون فى زمن النبى-ﷺ - أو الذى يجرى مجرى النقل المستفيض : بحيث ينقله الجمهور عن الجمهور من قول النبى – ﷺ – أو فعله : كنقل الآذان والإقامة ، وعدد ركعات الصلاة وسجداتها ، ومقدار المد والصاع ، وعدم الزكاة فى الخضروات .

قال ابن تيمية : فهذا هو المرتبة الأولى لإجماع أهل المدينة ، وهو حجة باتفاق المسلمين[2] .

وقال ابن القيم : فهذا النقل ، وهذا العمل حجة يجب اتباعها ، وسنة متلقاه بالقبول على الرأس والعينين ، وإذا ظفر العالم بذلك قرت به عينه ، واطمأنت إليه نفسه[3] .

وقال القاضى عبد الوهاب : إجماع أهل المدينة على ضربين : نقلى ، واستدلالى :

---

(1) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٣/٢٠ .

(2) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٨/٢٠ .

(3) إعلام الموقعين ٣٩١/٢ .

فالأول : على ثلاثة أضرب : منه نقل شرع مبتدأ من جهة النبى -ﷺ- إما من قول أو فعل أو إقرار .

فالأول : كنقلهم الصاع والمد والآذان والإقامة والأوقات والأحباس ونحـــوه .

والثانى : نقلهم المتصل : كعهدة الرقيق[1] وغير ذلك .

والثالث : كتركهم أخذ الزكاة من الخضروات مع أنها كانت تزرع بالمدينة ، وكان النبى -ﷺ- والخلفاء بعده لايأخذون منها الزكاة .

قال : وهذا النوع من إجماعهم حجة ، يلزم عندنا المصير إليه وترك الأخبار والمقاييس به ، لا اختلاف بين أصحابنا فيه[2] .

وقال أبو العباس القرطبى :

أما الضرب الأول : فينبغى أن لايختلف فيه ، لأنه من باب النقل المتواتر ، ولا فرق بين القول ، والفعل ، والإقرار ، كل ذلك نقل محصل للعلم القطعى ، فإنه عدد كثير ، وجم غفير تحيل العادة عليهم التواطؤ على خلاف الصدق ، ولاشك أن ماكان هذا سبيله أولى من أخبار الآحاد والأقيسة والظواهر[3] .

---

(1) العهدة فى الأصل : العهد ، وهو الألزام والالتزام .

وعرفا تعلق ضمان المبيع بالبائع فى زمن معين وهى قسمان : عهدة ثلاثة أيام ، يرد فيها العبد بكل عيب حادث فى خلال الثلاثة أيام .

عهدة السنة : وهى بعكسها ، يرد فيها العبد بسبب ثلاثة أدواء هى : الجذام ، البرص ، الجنون ومحل العمل بالعهدين : أن شرطا عند البيع ، أو اعتيدا بين الناس ، أو حمل السلطان الناس عليهما ، راجع : الشرح الصغير للدردير ٧٥/٣ ، ٧٦ .

(2) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤٨٦/٤ .

(3) المرجع السابق .

وقال أبو الحسن الإبيارى : الأعمال المنقولة عن أهل المدينة بالاستفاضة لاخلاف فى اعتمادها[1] .

ومن الأمثلة على ذلك :

ماحدث من القاضى أبى يوسف – رحمه الله – حين التقى بالإمام مالك ، وتناقشا فى مقدار الصاع والمد ، بحضرة الرشيد ، فاستدعى مالك أبناء المهاجرين والأنصار من أهل المدينة ، فجاؤا بمكاييل آبائهم التى توارثوها عن أجدادهم أصحاب رسول الله –ﷺ – المتداولة فى عهده – عليه الصلاة والسلام – فاتفقت كلها ، وكل من أتى بمد ، قال : إنه أخذه عن أبيه أو عن عمه أو عن جده .

ثم أخرج مالك – رحمه الله – صاعاً وقال : هذا صاع النبى – ﷺ – فقدره أبو يوسف فوجده خمسة أرطال وثلث ، فرجع أبو يوسف – رحمه الله – عن رأى أهل الكوفة فى الصاع والمد إلى قول أهل المدينة[2]

وقد بين أبو عبيد فى كتاب الأموال ما استدل به أهل العراق فقال : وإنما نرى أهل العراق ذهبوا إلى أن الصاع ثمانية أرطال، لأنهم سمعوا النبى – ﷺ – كان يغتسل بالصاع ، وسمعوا فى حديث آخر أنه كان يغتسل بثمانية أرطال وفى حديث آخر أنه كان يتوضأ برطلين فتوهموا أن الصاع ثمانية أرطال .

وقد اضطرب مع هذا قولهم فجعلوه أنقص من هذا .

---

(1) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤٨٧/٤ .

(2) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٦/٢٠ ، ٣٠٧ .

ثم قال : وأما أهل الحجاز : فلا اختلاف بينهم فيه ، والصاع عندهم خمسة أرطال وثلث ، يعرفه عالمهم وجاهلهم ، ويباع في أسواقهم ويحمل علمه قرن عن قرن .

وقد كان يعقوب – أي أبو يوسف صاحب أبي حنيفة – زماناً يقول : كقول أصحابه فيه ، ثمّ رجع عنه إلى قول أهل المدينة[1] .

سأل الإمام أبو يوسف الإمام مالكاً عن صدقة الخضروات فقال : هذه بقائل أهل المدينة لم يؤخذ منها صدقة على عهد رسول الله – ﷺ – ولا أبي بكر ولا عمر.

فقال أبو يوسف : قد رجعت ، ولو رأى صاحبي ما رأيت لرجع كما رجعت[2] .

حكى الشافعي : أنه اجتمع مالك وأبو يوسف عند الرشيد فتكلما في الوقف ، ومايحبسه الناس .

فقال يعقوب : هذا باطل ، لأن محمداً – ﷺ – جاء بإطلاق الحبس (بما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه – أنه قال : لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض والمواريث – قال رسول الله – ﷺ – لاحبس عن فرائض الله[3] .

---

(1) راجع : كتاب الأموال لأبي عبيد ص ٥١٧ .

(2) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٦/٢٠ .

(3) راجع : السنن الكبرى للبيهقي ١٦٢/٦ ، سنن الدارقطني ٤٥٤/٢ ، شرح معاني الآثار للطحاوي ٩٦/٤،٩٧ ، نيل الأوطار للشوكاني ٢٣/٦ .

وبما ورد عن أبى عون عن شريح قال : جاء محمد-ﷺ - بمنع الحبس)[١] .

فقال مالك - رضى الله عنه - إنما جاء بإطلاق حبس ماكان يحبسونه لآلهتهم من البحيرة والسائبة .

وأما الوقف : فهذا وقف عمر بن الخطاب (ورد أن عمر أصاب أرضاً من أراضى خيبر ، فقال يارسول الله : أصبت أرضاً بخيبر ، لم أصب مالا قط أنفس عندى منه ، فما تأمرنى ؟

قال : (" إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ")[٢] .

وهذا وقف الزبير ، فأعجب الخليفة بهذا الكلام ، وسكت يعقوب[٣]

المرتبة الثانيــــة :

العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان - رضى الله عنه - .

قال العلامة بدر الدين الزركشى : هذا كله حجة عند مالك حجة عندنا أيضاً .

ونص عليه الشافعى ، فقال فى رواية يونس بن عبد الأعلى : إذا رأيت قد ماء أهل المدينة على شئ فلا يبق فى قلبك ريب أنه الحق .

---

(١) هذا الحديث أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى بلفظه ١٦٣/٦ ، باب : من قال لاحبس عن فرائض الله عز وجل ، كما أخرجه الدارقطنى فى سننه ٤٥٤/٢ .

(٢) راجع : فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٢٥٩/٥ ، سنن الدارقطنى ١٨٧/٤ ، نيل الأوطار للشوكانى ٢٠/٦ .

(٣) راجع : مناقب الإمام الشافعى ص ٥٠ ، الهداية شرح بداية المتندى ١٣/٣ ، شرح الخرشى ٧٨/٧ ، مواهب الجليل للخطاب ١٨/٦ ، حاشية القليوبى على منهاج الطالبين لمحى الدين النووى ٦٧/٣ .

وهذا هو ظاهر مذهب أحمد : فإن عنده : أن ماسنه الخلفاء الراشدون حجة يجب اتباعها .

وقال أحمد : كل بيعة كانت بالمدينة فهى خلافة نبوة ، ومعلوم أن بيعة الصديق ، وعمر وعثمان وعلى كانت بالمدينة ، وبعد ذلك لم يعقد بها بيعة .

ويحكى عن أبى حنيفة أن قول الخلفاء عنده حجة[1] .

المرتبة الثالثة :

إذا تعارض فى المسألة دليلان : كحد يثين وقياسين ، فهل يرجح أحدهما بعمل أهل المدينة؟

هذا موضع الخلاف .

فذهب مالك والشافعى : إلى أنه مرجح .

وذهب أبو حنيفة إلى المنع .

وعند الحنابلة : قولان .

أحدهما : المنع ، وبه قال القاضى أبو يعلى وابن عقيل .

والثانى : مرجح ، وبه قال أبو الخطاب ، ونقل عن نص أحمد ، ومن كلامه : إذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو الغاية[2] .

المرتبة الرابعة :

العمل المتأخر بالمدينة ، أو اجتهاد متأخرى المدينة من غير أن يظهر لهم موافق أو معارض من روايتهم أو رواية غيرهم .

---

(1) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٨/٢٠ ، ٣٠٩ ، البحر المحيط للزركشى ٤٨٦/٤ ، ٤٨٧ .

(2) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٩/٢٠ ، ٣١٠ ، البحر المحيط للزركشى ٤٨٧/٤ .

الجمهور على أنه ليس بحجة شرعية ، وبه قال الأئمة الثلاثة ، وهو قول المحققين من أصحاب مالك[1] .

وقال بدر الدين الزركشى فى البحر : ذكر القاضى عبد الوهاب فى " الملخص " أن هذا ليس إجماعاً ولا حجة عند المحققين ، وإنما يجعله حجة بعض أهل المغرب من أصحابه ، وليس هؤلاء من أئمة النظر والدليل ، وإنما هم أهل تقليد .

وإليه يشير مانقله عبد الرازق عن مالك ، من أنه قال : قدم علينا ابن شهاب قدمه ، فقلت له : طلبت العلم حتى إذا كنت وعاء من أوعيته تركت المدينة ، فقال : كنت أسكن المدينة والناس ناس ، فلما تغيرت الناس تركتهم .

ويشهد له أيضاً : أن مالكاً لما أراد الرشيد حمل الناس على ما فى الموطأ : كما حمل عثمان الناس على القرآن ، قال له : أما حمل الناس على الموطأ فليس إلى ذلك سبيل ، لأن اصحاب رسول الله -ﷺ- افترقوا بعده فى الأمصار ، فحدثوا ، فعند كل أهل مصر حديث .

وقال القاضيان الباجى وعبد الوهاب : أن إجتهادهم واجتهاد غيرهم سواء[2] .

---

(1) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١١/٢٠ .

(2) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤٨٧/٤ ، ارشاد الفحول للشوكانى ص ٨٢ ، أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء للأستاذ الدكتور / مصطفى سعيد الخن ص ٤٥٩ - ٤٦١ ، حجية الإجماع للأستاذ

وسبق أن ذكرنا : أن القاضى عبد الوهاب : جعل إجماع أهل المدينة على ضربين : نقلى ، واستدلالى .

فالأول : ماذكرناه فى المرتبة الأولى .

ثم قال القاضى : والثانى – وهو مايتناول المراتب الثلاث الأخرى – هو إجماعهم من طريق الاستدلال : اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ليس بإجماع ، ولا مرجح ، وهو قول أبى بكر بن منيات وأبى يعقوب الرازى ، وابن فورك ، والقاضى أبى بكر ، وأبى الفرج ، والطيالسى والابهرى ، وأنكروا كونه مذهباً لمالك .

وثانيها : أنه مرجح ، وبه قال بعض أصحاب الشافعى .

وثالثها : أنه حجة ، ولم يحرم خلافه ، وإليه ذهب قاضى القضاة أبو الحسين بن عمر[1] .

وقال أبو العباسى القرطبى :

أما الضرب الأول : فلا خلاف فيه – وهو ماسبق فى المرتبة الأولى .

وأما الثانى : فالأولى فيه أنه حجة إذا انفرد ومرجع لأحد المتعارضين ، ودليلنا على ذلك : أن الأحكام والأعمال مازال الصحابة هم المشافهين لأسبابها الفاهمين لمقاصدها ، ثم التابعون نقلوها ، وضبطوها .

الدكتور / محمد محمود فرغلى ص ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ملامح من حياة الفقيه المحدث مالك بن انس امام دار الهجرة للأستاذ الدكتور / احمد على طه ريان ص ٦١ – ٦٤ .

(١) راجع : البحر المحيط للزركشى ٤/٤٨٥ ، ارشاد الفحول ص ٨٢ ، التقرير والتحبير ١/١٠٠ .

وعلى هذا فإجماع أهل المدينة ليس بحجة من حيث إجماعهم بل، إنما هو إما من حيث نقلهم المتواتر ، وإما من جهة مشاهدتهم لقرائن الأحوال الدالة على مقاصد الشرع .

قال : وهذا النوع الاستدلالى إن عارضه خبر ، فالخبر أولى عند الجمهور ، لأنه مظنون من جهة واحدة – وهى العلو – وعملهم الإجتهادى مظنون من جهة الطريق إلى مستندهم ، ومن جهتهم ، فكان الخبر أولى .

وقد صار كثير من أصحابنا إلى أنه أولى من الخبر بناء منهم على أنه إجماع ، وليس بصحيح [١] .

هذا ، والذى حققه أكابر علماء المالكية[٢] : فى هذا الشأن : أن مالكاً – رحمه الله – إنما عول على أقوال أهل المدينة وجعلها حجة فيما طريقه النقل : كمسألة الآذان ، وترك الجهر بـ " بسم الله الرحمن الرحيم " ومسألة الصاع وغير ذلك من المسائل التى طريقها النقل ، واتصل العمل بها فى المدينة على وجه لايخفى مثله ، ونقل نقلاً بحجج تقطع العذر .

أما ما نقله أهل المدينة من سنن رسول الله – ﷺ – من طريق الآحاد، وما أدركوه من الاستنباط والاجتهاد ، فهذا لا فرق فيه بين علماء المدينة وعلماء غيرها : فى أن المصير منهم إلى ماعضده الدليل والترجيح ، ولذلك خالف مالك – رحمه الله فى مسائل عدة أقوال أهل المدينة .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) أمثال القاضى عبد الوهاب ، وأبو الوليد الباجى ، والقاضى عياض – رحمهم الله تعالى – راجع : حجية خبر الآحاد وأثرها فى الفقه الإسلامى للدكتور / حسن سنوسى عبد الوهاب ٨٢٣/٢ .

من ذلك مخالفته لهم فى التتريب من ولوغ الكلب حيث ذهب الشافعية ، والحنابلة إلى وجوب غسل الإناء بالتراب ويكون التتريب فى إحدى الغسلات السبع .

واستدلوا على ذلك :

بقول النبى – ﷺ – " إذا ولغ الكلب فى إناء أحدكم فليغسله سبع مرات إحداهن بالتراب "[1] .

وفى رواية : أولاهن بالتراب .

فهذا يدل على وجوب التتريب ، لأن الأمر للوجوب .

بينما يرى الإمام مالك غسله سبعاً بلا تتريب .

وقال : أما رواية التتريب : فإن النقل فيها مضطرب ، وإن كان عمل أهل المدينة التتريب ، فقد ذكرت رواية التتريب بلفظ : " أولاهن " وبلفظ : " إحداهن " ، وبلفظ : " أخراهن " وفى رواية " السابعة " ، وفى أخرى " الثامنة " .

والاضطراب يوجب عدم الأخذ بالحديث .

وبناء على ما حققه هؤلاء العلماء : بادر القاضى عياض بنفى نسبة الآراء التالية إلى الإمام مالك ، وهى :

[1] صحيح البخارى ، كتاب الوضوء ، باب : إذا شرب الكلب فى الإناء ٢١٤/١ ، صحيح مسلم ، كتاب الطهارة ، باب حكم ولوغ الكلب ١٨٢/٣ .

ا - عدم قبول الأخبار إلا ماصححه عم لأهل المدينة :

بمعنى : أنه إذا كانت هناك أخبار ، ولا عمل لأهل المدينة على وفاقها أو خلافها ، فإنه لايصح أن ينسب إلى مالك أنه يرد الأخبار مالم يكن لها مؤيد من عمل أهل المدينة ، فقد قال القاضى عياض : إن نسبة هذا إلى مالك من الجهل بمذهبه ، أو الكذب عليه .

ب - القول بعدم الاعتداد إلا بإجماعهم :

إذ لايعقل أن يقولوا بإجماع أهل المدينة ، ولا يقولوا بإجماع الأمة وقد صرح المالكية : أن إجماع الأمة حجة ، ثم عدوا بعد ذلك إجماع أهل المدينة ، وجعلوه من المختلف فيه ، ولم ينقلوا الخلاف عن المالكية فى الإجماع العام أصلاً .

جـ - القول بإجماعهم على عمل بطريق الإجتهاد والإستدلال :

وذلك لأنهم بعض الأمة[1] .

قال البخارى فى كشف الأسرار - فى معرض مناقشة مذهب الإمام مالك - لأن النصوص تدل على زيادة فضلها ، لا على أن إجماع أهلها دون غيرهم حجة قطعية يجب متابعته ضرورة ، بل موافقة الغير شرط فى وجوب المتابعة[2] .

---

[1] راجع : أحكام الفصول للباجى ص ٤١٣ - ٤١٧ ، حجية خبر الآحاد للدكتور / حسن سنوسى ٨٢٤/٢.

[2] راجع : كشف الأسرار للبخارى ٢٤٢/٣ .

المبحث الثانى
حجية عمل أهل المدينة

وفيه مطلبان :

★ المطلب الأول : فى تحرير النزاع ، وأقوال العلماء

★ المطلب الثانى : فى الأدلـــــة

المطلب الأول

فى تحرير النزاع، وأقوال العلماء

قبل كشف القناع عن خلاف الأصوليين فى المسألة يحسن بنا تحرير النزاع ، فنقول :

سبق أن ذكرنا : أن عمل أهل المدينة على ضربين :

نقلى ، واستدلالى .

وأنه لا نزاع فى عمل أهل المدينة النقلى ، وإليه يشير ما نقلناه فى المرتبة الأولى .

وإنما النزاع فى عمل أهل المدينة الاستدلالى : لذلك قال ابن القيم : وأما العمل الذى طريقه الاجتهاد والاستدلال فهو معترك النزال ومحل الجدال[1].

وهو منحصر فى عمل أهل المدينة الاستدلالى الذى أيده خبر ، وعارضه آخر ، فهل يرجع عمل أهل المدينة بالخبر الموافق أم لا ؟

أو أن يكون عملهم لا مستند له من رواية عنهم ولا عن غيرهم ، وليس له معارض من أخبارهم أو أخبار غيرهم .

[1] إعلام الموقعين لابن القيم ٣٩١/٢ .

أما إذا كان عملهم لم يؤيد برواية لهم أو لغيرهم ، ولكن عارضه رواية لهم أو لغيرهم ، فهو خارج عن محل النزاع ، ولايصح نسبته إلى المالكية ، نظراً لأنهم أنفسهم مختلفون فيه ، بل أنكر الأبهرى وغيره : أن يكون مذهب الإمام مالك : الاحتجاج بالعمل دون الخبر .

قلت : ويشهد لذلك ماورد عن الإمام مالك فى مسألة التتريب .

ويجب أن يقيد ذلك بالعمل فى عصر الصحابة والتابعين :

وعليه يكون المراد بإجماع أهل المدينة : اتفاق كل مجتهدى أهل المدينة الموجودين فيها على حكم شرعى فى عصر الصحابة أو التابعين .

وذلك بأن يكون هذا العمل الاستدلالى صادراً من المتقدمين من أهل المدينة ، قبل مقتل سيدنا عثمان – رضى الله عنه – وإليه يشير مانقلناه فى المرتبة الثانية .

أما إذا كان صادراً من المتأخرين من أهل المدينة ، فهو خارج عن محل النزاع ، إذ لا خلاف فى أنه ليس بحجة .

أما من جعله حجة – وهم بعض أهل المغرب من أصحاب الإمام مالك فقد قال القاضى عبد الوهاب : ليس هم أئمة النظر ، والدليل أنهم أهل تقليد وإليه يشير مانقلناه فى المرتبة الرابعة .

ويدل لذلك – أى التقييد بعصر الصحابة والتابعين – : ماقاله شمس الأئمة السرخسى :

ومن الناس من يقول : الإجماع الذى هو حجة إجماع أهل المدينة.....

ثم قال : ثم إن كان مراد القائل : أهلها الذين كانوا فى عهد رسول الله - ﷺ - فهذا لاينازع فيه أحد ، وإن كان المراد أهلها فى كل عصر ، فهو قول باطل ، لأنه ليس فى بقعة من البقاع اليوم فى دار الإسلام قوم هم أقل علماً وأظهر جهلاً وأبعد عن أسباب الخير من الذين هم بالمدينة ، فكيف يستجاز القول بأنه لا إجماع فى أحكام الدين إلا إجماعهم؟

ويقول تاج الدين السبكى : ولاينبغى أن يظن ظان : أن مالكاً يقول بإجماع أهل المدينة لذاته فى كل زمان ، وإنما هو إلى زمان مالك ، حيث آثار النبى - ﷺ - بها أكثر ، وأهلها بها أعرف[1].

ويقول ابن الحاجب : إجماع المدينة من الصحابة والتابعين حجة[2] .

ويقول ابن تيمية : والكلام إنما هو فى إجماعهم فى تلك الأعصار المفضلة ، وأما بعد ذلك : فقد اتفق الناس على أن إجماع أهلها ليس بحجة إذ كان حينئذ فى غيرها من العلماء مالم يكن فيها[3].

ويقول الحافظ بن حجر : إن فضل المدينة ثابت لايحتاج إلى إقامة دليل خاص ، ولكن هل معنى ذلك تقديم أهلها فى العلم على غيرهم ؟

إن قلنا : إن المراد بذلك تقديمهم فى بعض الأعصار ، وهو العصر الذى كان فيه النبى - ﷺ - مقيماً به فيها ، والعصر الذى بعده

---

(1) راجع : أصول السرخسى ٣١٤/١ .

(2) راجع : مختصر ابن الحاجب ٣٥/٢ .

(3) راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٩٣/٢٠ .

أقوال العلمــــاء

عمل أهل المدينـة الاسـتدلالى : إذا كـان لـه روايـة توافقـه وروايـة أخرى تعارضه ، فهل يرجح بالرواية التى توافقه أم لا ؟

أو عمل أهل المدينة إذا تجرد عما يعارضه أو يؤيـده ، فهـل يكـون أرجح من اجتهاد غيرهم ؟

ذهب المالكية إلى اعتبار عمل أهل المدينة أرجح من إجتهاد غـيرهم.

وذهب الجمهور إلى عدم اعتباره كذلك ، بل أهل المدينة كغيرهم ، وعملهم على انفرادهم ليس بحجة .

كذا فى عامة كتب الأصول[1] .

وفى فتاوى إبن تيمية : إذا تعارض فى المسـألة دليـلان : كحديثيـن وقياسين ، فهل يرجح أحدهما بعمل أهل المدينة ؟ هذا موضـع الاختلاف .

فذهب مالك والشافعى : إلى أنه مرجح .

وذهب أبو حنيفة : إلى المنع .

وعند الحنابلة : قولان .

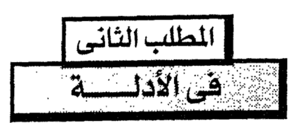
أحدهما : المنع ، وبه قال القاضى أبو يعلى وابن عقيل .

والثانى : مرجح ، وبه قال أبو الخطاب ، ونقـل عـن نـص أحمـد ، ومن كلامه : إذا روى أهل المدينة حديثاً عملوا به فهو الغاية[2] .

---

[1] راجع : شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ٣٥/٢ ، الاحكام فى أصول الأحكام للآمـدى ٣٤٥/١ ، التقرير والتحبير ١٠٠/٣ ، أصول السرخسى ٣١٤/١ ، كشـف الاسرار للبخـارى ٣٤١/١ ، شـرح الكوكـب المنير ٢٣٧/٣ ، بذل النظر للأسمندى ص ٥٤٦ ، حجية الإجماع للأستاذ الدكتور / محمـد محمـود فرغلى ، اجماع الامة حجة شرعية د/ سعيد مصيلحى ص ٢٥٦ .

[2] راجع : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠٩/٢٠ ، ٣١٠ .



أولاً : أدلة الجمهـــور :

استدل الجمهور على ماذهبوا عليه بما يأتى :

قالوا الإجماع هو اتفاق مجتهدى أمة محمد - ﷺ - بعد وفاته فى عصر من العصور على حكم من الأحكام - أو مايقارب هذا المعنى .

وعليه فإن وجود الإجماع موقـوف علـى اتفـاق جميـع المجتهدين ، ولايكفى فى تحققه وجـود بعضهـم ، وهـم أهـل المدينـة ، وإذا كـان وجـود الإجمـاع متوقفـاً علـى الكـل ، فكيـف يوجـد بـالبعض ؟ ومـالا يوجـد كيـف ينتصب دليلاً وحجة ؟

كما قالوا : إن الذى دل على كون الإجماع حجة وارد بلفظين :

لفظ المؤمنين : فـى قولـه تعـالى : "كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله "[1].

ولفظ الأمــة : فى قوله تعالى : " وكذلك جعلناكم أمة وسطاً "[2] .

وهاتان اللفظتان غير مخصوصتين ببلدة دون بلدة ، فوجب اعتبـار الكل ، وذلك ، لأن الأماكن لاتؤثر فى كون الأقوال حجة[3] .

---

(١) من الآية (١١٠) من سورة آل عمران .

(٢) من الآية (١٤٣) من سورة البقرة .

(٣) راجع : المحصول فى علم الأصول للرازى ١٦٤/٢ ، بذل النظر ص ٥٤٦ ، المعتمد فى أصول الفقه ٣٤/٢ .

ولأن القول به يؤدى إلى المحال ، لأن من كان ساكن المدينة كان قوله حجة ، فإذا خرج منها لايكون قوله حجة ، ومن كان قوله حجة فى مكان ، كان قوله حجة فى كل مكان : كالرسول – ﷺ – كذا قال الإمام الرازى فى "المحصول" .

ثم قال : والجواب[1] :

قوله : " الأدلة على أن الإجماع حجة غير مختصة بقوم دون قوم "

قلنا : " تلك الأدلة لاتقضى أن إجماع أهل المدينة حجة ، ولكنها لاتبطل ذلك ، فإذا اثبتناه بدليل منفصل لم يلزمنا محذور .

قوله : " لا أثر للمكان " .

قلنا : لا استبعاد فى أن يخص الله – تعالى – أهل بلدة معينة بالعصمة كما أنه لا استبعاد فى أن يخص الله تعالى أهل زمان معين بالعصمة ، فإنه تعالى خص أمتنا بالعصمة من بين سائر الأمم .

قوله : " من كان قوله حجة فى مكان ، كان حجة فى كل مكان : كالنبى – ﷺ " – .

قلنا : هذا قياس طردى فى مقابلة النص ، فكان باطلاً[2] .

وعباة الخنجى : واحتج الجمهور : بأن لفظ المؤمنين فى الآية ، والأمة فى الخبر : لايقتضيان حجية اتفاق أهل المدينة دون غيرهم .

---

[1] من قبل المعارض .

[2] راجع : المحصول فى علم الأصول ١٦٤/٢ .

ثم قال : فإن قيل : هذا ضعيف ، لأنه لايلزم من عدم دلالة هذين اللفظين على حجية إجماعهم عدم الحجية ، لجواز أن يكون ثمة دليل آخر على حجية اتفاقهم ، فهو ممنوع ، إذا الأصل عدم دليل آخر .

ولمجرد أن كان دليل آخر لايثبت حجية إجماع أهل المدينة .

قال العبرى : وفيما قال الخنجى نظر ، إذ القائل بحجية إجماع أهل المدينة يقرر السؤال هكذا : لايلزم من عدم دلالة هذين على حجية إجماع أهل المدينة عدم الحجية ، وإنما يلزم أن لو لم يكن هنا دليل دال على حجيته ، لكن معنا دليل عليه ، وهو الحديث الدال على نفى الخبث ، أعنى: الخطأ عنهم ، وحينئذ فالتمسك بأن الأصل عدم ذلك الدليل باطل .

ثم قال : ولعل الضعف المشار إليه : أن الحديث ورد فى جماعة كرهوا الإقامة بالمدينة ، وهذه قرينة مانعة عن الحمل على نفى الخطأ .

قال الفاضل المراغى : ويحتمل أن يكون وجه الضعف : هو أن قوله – ﷺ " – المدينة تنقى الخبث " لايقتضى الدوام فلا يجب أن يكون الخبث منتفياً عنها دائماً ، فلا يجب كون إجماعهم حجة .

وأقول : لو صح ماذكره – أى الفاضل المراغى – لوجب أن يكون التمسك بآية المشاقة ، وبقوله – ﷺ " – لاتجتمع أمتى على الضلالة "[1] ضعيفاً ، إذ هذان القولان لايقتضيان الدوام ، فلا تجب حرمة المشاقة دائماً، ولا عدم اجتماع الأمة على الضلالة كذلك ، فلا يجب كون إجماع الأمة حجة .

---

[1] راجع : سنن الترمذى ٤٦٦/٤ ، سنن ابى داود ٩٨/٤ .

لكن التمسك بالآية ، والخبر المذكورين من أقوى الدلائل على حجية الإجماع ، بل عند الأكثر دليل حجية الإجماع منحصر فيهما[1] .

كما احتجوا بقوله – ﷺ " – لاتجتمع أمتى على خطأ " .

اذا قال ابن النجار : العصمة من الخطأ تنسب للأمة كلها ، ولامدخل للمكان فى الإجماع ، إذ لا أثر لفضيلته فى عصمة أهله ، بدليل مكة المشرفة [2] .

وقال القرافى : ومفهومه – أى قوله – ﷺ " – لاتجتمع أمتى على خطأ " أن بعض الأمة يجوز عليه الخطأ .

وجوابه : أن منطوق الحديث المثبت – وهو قوله –ﷺ " – المدينة تنفى الخبث " – أقوى من مفهوم الحديث الثانى [3] .

---

(1) راجع : شرح البدخشى ٢٨٧/٣ ، ٢٨٨ ، اللمع فى أصول الفقه ص ٤٩ .

(2) راجع : شرح الكوكب المنير ٢٣٧/٢ ، أصول الفقه لمحمد أبو النور زهير ١٥٤/٣ .

(3) راجع : شرح تنقيح الفصول ص ٣٨٤ .

أدلة الإمام مالك ومن تبعه

استدل الإمام مالك وأتباعه على ماذهبوا إليه بما يأتى :

الدليل الأول :

لقد صرح الإمام مالك بـأخذه بعمل أهل المدينـة فـى رسـالته التـى وجهها إلى الإمام الليث بن سعد – رحمه الله – وبين الحجـة التـى دفعتـه لأن يسلك هذا المسلك .

وأساس هذه الحجة : أن القرآن المشتمل على الشرائع وفقه الإسلام نزل بها ، وأهلها هم أول من وجه إليهـم التكليـف ، ومـن خوطبـوا بـالأمر والنهى ، وأجابوا داعى الله فيما أمر ، وأقاموا عمود الدين .

ثم قام فيهم من بعد النبى ﷺ اتبع الناس له من أمتـه أبـو بكـر ثـم عمر ثم عثمان – رضى الله عنهم – فنفذوا سـننه بعد تحريهـا ، والبحـث عنها مع حداثة العهد .

ثـم كـان التـابعون مـن بعدهـم يسـلكون تلـك السـبل ، ويتبعـون تلـك السـنن.

فالمدينة لهذا قـد ورثـت علـم السـنة وفقـه الإسـلام فـى عهـد تـابعى التابعين .

فإذا كان الأمر بها ظاهراً معمولاً به لم يجز لأحد خلافه ، للوراثـة التى آلت إليهم ، ولايجوز لأحد انتحالها لبلدة ولا ادعاؤها له .

هذه حجة مالك رضى الله عنه فى احتجاجه بعمل أهل المدينة وإن كان فى بعض الأحيـان يقدم عمـل أهل المدينـة علـىٰ خبـر الآحـاد ، لهـذا

المعنى الذى ذكره ، وهو أن ذلك الرأى المشهور المعمول به فى المدينة هو سنة مأثورة مشهورة ، والسنة المشهورة مقدمة على أخبار الآحاد وذلك لأن عملهم كقولهم حجة ، فهم مطلعون على أقوال وأفعال الرسول - ﷺ - وهم أدرى بما استقر عليه الأمر من حالة - ﷺ - فمخالفتهم مقتضى خبر الآحاد ، لاطلاعهم على ماهو مقدم عليه .

فالإمام مالك أخذ بعمل أهل المدينة باعتباره أثراً عن النبى - ﷺ - أوثق نقلاً ، وأصدق حكاية[1] .

قلت : ويتلخص دليل الإمام مالك السابق فى أمرين ، ذكرهما الآمدى فى الأحكام :

الأمر الأول : أن المدينة هى دار هجرة الرسول - ﷺ - ومهبط الوحى ، ومستقر الإسلام ، ومجمع الصحابة ، فلا يجوز أن يخرج الحق عن قول أهلها[2] .

نوقش ذلك : بأن ماذكرتموه دال ولاشك على تفضيل المدينة ، لكنه لايدل على نفى الفضيلة عن غيرها ، ولا على الاحتجاج بإجماع أهلها.

ولهذا : فإن مكة أيضاً مشتملة على أمور موجبة لفضلها : كالبيت الحرام ، والمقام ، وزمزم ، والصفا والمروة ، ومواضع المناسك وهى مولد النبى - عليه السلام - ومبعثه ، ومولد اسماعيل ، ومنزل ابراهيم - عليهما السلام - ولم يدل ذلك على الإحتجاج بإجماع أهلها على مخالفيهم،

---

[1] بالمعنى من رسالة الإمام مالك إلى الليث بن سعد ص ١٩٥- ١٩٧ من البحث .

[2] راجع : الاحكام فى أصول الاحكام للآمدى ١/ ٣٥٠ ، ٣٥١ .

إذا لاقائل به ، وإنما الاعتبار بعلم العلماء واجتهاد المجتهدين ، ولا أثر للبقاع فى ذلك [1] .

ويجاب عنه : بأن تخصيص المدينة بالذكر يفيد إظهار شرفها ، فلزم منه أن أخبار أهلها وأعمالهم أولى بالقبول من أعمال غيرهم ، وأخبارهم ، والمدعى أرجحيته فقط [2] .

الأمر الثانى : إن أهل المدينة شاهدوا التنزيل ، وسمعوا التأويل ، وكانوا أعرف بأحوال الرسول - ﷺ - من غيرهم ، فوجب أن لايخرج الحق عنهم[3] .

نوقش ذلك : بأن هذا لايدل على انحصار العلم فيها ، والمعتبرين من أهل الحل والعقد ، ومن تقوم الحجة بقولهم ، فإنهم كانوا منتشرين فى البلاد ، متفرقين فى الأمصار ، وكلهم فيما يرجع إلى النظر والاعتبار سواء .

ولم يخصص ذلك بموضع دون موضع ، لعدم تأثير المواضع فى ذلك[4] .

ويجاب عن ذلك : بأن أهل المدينة مجتمعون يتشاورون ويتناظرون فيبعد أن لايطلع أحد منهم على دليل المخالف مع رجحانه ، ولايشك أحد

---

(1) المرجع السابق .

(2) راجع : حجية الإجماع للاستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلى ص ٤٣٨ .

(3) راجع : الإحكام فى أصول الاحكام للآمدى ١/ ٣٥٠ .

(4) راجع : الاحكام فى أصول الاحكام للآمدى ١/ ٣٥٠ .

فى أن أهل المدينة كانوا أعرف بأسباب النزول ، وظلوا على مشاهدة لاعماله - ﷺ - وأقواله إلى آخر لحظة فى حياته الشريفة[1].

واحتج من نصر مذهب الإمام مالك بالنص والمعقول :

أما النص :

ماأخرجه البخارى فى صحيحه : أن النبى - ﷺ - قال " إنما المدينة كالكير تنفى خبثها ، وينصع طيبها "[2] .

وقوله -ﷺ -: " إن الايمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها "[3] .

وقوله - ﷺ " - لايكيد أهل المدينة أحد إلا إنماع كما ينماع الملح فى الماء "[4] .

وجه الدلالة من هذه النصوص :

أن المدينة تنفى الخطأ ، لأن الخطأ من الخبث .

أن الايمان ينتشر فى المدينة ويجتمع فيها كما تنتشر الحية من جحرها فى طلب ماتعيش به ، فإذا راعها شئ رجعت إلى جحرها ، فكذلك الايمان يضم ويجتمع وينتشر فى المدينة .

---

(1) راجع : شرح البدخشى ٢٨٨/٢ ، التقرير والتحبير ١٠١/١ .

(2) راجع : صحيح البخارى بشرح فتح البارى لابن حجر العسقلانى ٣٠٣/١٣ .

(3) راجع : صحيح البخار ى بشرح فتح البارى ٩٤/٤ .

(4) راجع : صحيح البخارى بشرح فتح البارى ٩٣/٤ .

من أراد أهل المدينة بسوء أذابه الله كما يذوب الملح فى الماء
ومجموع هذه الاحاديث يفيد أن : أهل المدينة هم الخلاصة ، وهم أفاضل الناس ، وأعقلهم .

ومن كان هذا شأنه فى الدين والعقل ، كان أبعد عن الخطأ فى النقل والعمل .

ومن كان أبعد عن الخطأ ، كان قوله وفعله أقرب إلى القبول من غيره[1] .

إلا أن هذا نوقش من وجهين :

الوجه الأول :

ضعف ابن الحاجب ، وكذا الإمام البيضاوى الاستدلال بهذا الحديث.

قال الإمام الأسنوى : ووجهه : أن الحمل على الخطأ متعذر ، لمشاهدة وقوعه من أهلها ، لأن الخبث فى اللغة لايفهم منه معنى الخطأ ، وإلا لكان الحديث إخباراً من رسول الله - ﷺ - على أن الخطأ لايقع من أهل المدينة ، ولايستطيع أحد إدعاء ذلك لمشاهدة وقوعه من أهلها[2] ، لذلك يقول إمام الحرمين : " لو اطلع مطلع على مايجرى بين لابتيها من المخازى لقضى العجب "[3] .

---

(1) حجية الاجماع للأستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلى ص ٤٣٧ .

(2) راجع : شرح الاسنوى ومعه شرح البدخشى ٢٨٧/٣ ، ٢٨٩ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣٦/٢.

(3) راجع : البرهان لامام الحرمين ٧٢٠/١ .

ويقول السمعاني : " وكما أن المدينة كانت مجمع الصحابة ، ومهبط الوحي ، فقد كانت دار المنافقين ، ومجمع أعداء الدين[1] .

وفيهم من قال : " لاتنفقوا على من عند رسول الله حتى ينفضوا "[2]

ومن قال " لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل "[3] .

ومنها الماردون على النفاق ، وفيها طُعن عمر ، وحوصر عثمان حتى قُتل .

وقد قال أهل المدينة لأهل العراق : من عندنا خرج العلم ، فأجابوهم : نعم ، ولكن لم يعد إليكم[4] .

كما لانسلم أن الخطأ الاجتهادى خبث ، وإلا لم يؤجر المجتهد المخطئ[5] بل هو مباين له ، لأن الخطأ معفو عنه في الشرع والخبث غير معفو عنه فيكون أحدهما غير الآخر[6] .

ولئن سلمنا بأن الحديث ينفي الخبث عن أهل المدينة فهو مخصوص بزمانه – ﷺ – فلا وجه للاستدلال به على من بعده من أهلها .

---

(1) راجع : كشف الأسرار للبخارى ٢٤١/١ .

(2) من الاية (٧) من سورة المنافقون .

(3) من الاية (٨) من سورة المنافقون .

(4) راجع : كشف الأسرار للبخارى ٢٤١/٣ ، حجية الاجماع للاستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلي ص ٤٣٩، نقلاً عن ترتيب المدارك ٣٣/١ ، ٣٥ .

(5) ثبت للمجتهد المخطئ أجر بالحديث المتفق عليه " اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ .

(6) راجع : نهاية السول ٢٩٠/٣ .

كما لايدل الحديث على أن من كان خارجها لايكون نقياً من الخبث ، وإنما الخبث فى الحديث محمول على من كره المقام فيها .

ويؤيد ذلك ماورد فى سبب صدور الحديث عن النبى- ﷺ - إذ ورد فى سببه أن أعرابياً دخل المدينة وبايع النبى - ﷺ - فأصابته حمى، فسأل النبى التحلل من البيعة ليخرج إلى البادية ، فلم يجبه النبى - ﷺ - إلى ذلك فخرج بغير إذنه ، فقال عليه السلام : " إن المدينة تنفى خبثها وينصع طيبها " .

الوجه الثانى :

سلمنا لكم زيادة فضل أهل المدينة على غيرهم ، لكن لانسلم لكم أنه يلزم من ذلك انعقاد الإجماع منهم دون غيرهم .

بل نقول : موافقة الغير له شرط فى وجوب المتابعة ، للأدلة الدالة على حجية الإجماع .

والذى ورد فى الحديث إخبار من الرسول - ﷺ - بأن من أرادهم بسوء أهلكه الله ، فلا علاقة بين هذا وبين الحجية فى إجماعهم .

ويجاب عنه : بأن احتمال الخطأ منهم أبعد من احتماله من غيرهم، لأن من لزم المدينة وبقى فيها أكثر ممن انتقل عنها خصوصاً فى أوائل الصدر الأول ، كما أن عمل الأكثر ونقلهم أقرب إلى انتفاء الخطأ عنه ، لأن رأى الكثرة يغلب على الظن صحته ، فيكون أولى .

قال فى المدارك : إن المدينة كانت مرجعاً للمفتين ، إذ بها أجلاء الصحابة ومجلس الشورى ، وأهل الحل والعقد .

ويشهد لذلك : أن عبد الله بن مسعود كان يسأل عن الأمر بالعراق فيفتى فيه ، فإذا جاء بالمدينة ووجد مايخالفه فى فتواه عاد إلى العراق ولايحط عن راحلته حتى يرجع إلى من أفتاه فيخبره بما أفتى به أهل المدينة .

وقد كان عبد الله بن عمر يستشار من عبد الله بن الزبير ، وعبد المالك بن مروان المتنازعين على الإمارة ، فكتب إليهما : إن كنتما تريدان المشورة فعليكما بدار الهجرة والسنة .

وقال مالك لأبى نعيم : إذا أردت العلم فأقم هنا - يعنى بالمدينة - فإن القرآن لم ينزل على القرآن[1] .

أما المعقول : وهو ماقال به ابن الحاجب فى مختصره ، والامام القرافى فى شرحه - فقد قالا ما مفاده - ان العادة تقضى بعدم اجماع هذا الجمع الكبير من العلماء المحصورين الاحقين بالاجتهاد إلا عن راجح[2] .

نوقش ذلك : بأنه يجوز أن يكون متمسك غيرهم أرجح ، ولم يطلع عليه بعضهم ، وأن الكثرة قد يخفى عليها ماتعلمه القلة .

كما أن ماقيل فى أهل المدينة من الصحابة والتابعين يتحقق فيمن انتقلوا عنها إلى الأمصار : كالكوفة ، والبصرة ، مع أن مالكاً - رضى الله عنه - لم يقل : بأن اجماعهم حجة ، فعرفنا أنه لا أثر للبقاع فى ذلك ،

---

(1) راجع : التقرير والتحبير ١٠١/١ ، شرح الأسنوى ومعه شرح البدخشى ٢٩٠/٣ ، حجية الاجماع ص ٤٣٩ ، نقلاً عن ترتيب المدارك ٣٣/١ - ٣٥ .

(2) راجع : شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣٦/٢ ، شرح تنقيح الفصول ص ٣٣٤ ، التقرير والتحبير ١٠١/١ .

بل الاعتبار لعلم العلماء واجتهاد المجتهدين ، ولو كانوا في دار الحرب مثلاً[1] .

ويجاب عنه : بأن المالكية لم يقولوا بحجية إجماع أهل المدينة ، وإنما يقولوا بأرجحيته[2] .

ذكر الإمام الرازى فى كتابه : مناقب الإمام الشافعى :

ولقائل أن يقول : إن مالكاً يروى الحديث ، ثم إنه يترك العمل به لأجل أن أهل المدينة تركوا العمل به ، وهذا يقتضى تقديم عمل علماء المدينة على قول رسول الله - ﷺ - وأنه لايجوز .

ولمالك أن يجيب عنه فيقول : هذه الأحاديث ماوصلت إلينا إلا برواية علماء المدينة ، فهؤلاء إما أن يكونوا من العدول ، أو لايكونوا من العدول .

فإن كانوا من العدول : وجب أن يعتقدوا أنهم إنما تركوا العمل بهذا الحديث ، لاطلاعهم على ضعف فيه : إما لأجل ضعف فى الرواية ، أو لأجل أنه وجد ناسخ ، أو مخصص وعلى جميع التقديرات ترك العمل به واجب .

فإن قالوا : فلعلهم اعتقدوا فى هذا الحديث تأويلاً خاطئاً ، فلأجل ذلك التأويل الخاطئ تركوا العمل به ، وعلى هذا التقدير لايلزم من تركهم العمل بالحديث حصول ضعف فيه .

---

(1) راجع : شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٣٦/٢ ، التقرير والتحبير ١٠١/١ .

(2) راجع : حجية الاجماع ص ٤٣٩ .

قلت : إن علماء المدينة الذين كانوا قبل مالك كانوا أقرب الناس إلى زمان رسول الله – ﷺ – وأشدهم مخالطة بالصحابة ، وأقواهم رغبة في الدين ، وأبعدهم عن الميل إلى الباطل ، فيبعد اتفاق جمهور علماء المدينة على تأويلٍ فاسد .

وأما إن قلنا : إن علماء المدينة ليسوا بعدول : كان الطعن فيهم يوجب الطعن في الخبر .

فثبت بهذا الطريق : أن الدليل الذي ذكرناه يقتضي ترجيح عمل علماء المدينة على ظاهر خبر الواحد .

وليس هذا قولاً بأن إجماعهم حجة ، بل هذا قول بأن عملهم إذا كان على خلاف ظاهر الحديث أورث ذلك قدحاً وضعفاً في الحديث .

ومايؤكد ماذكرناه ماروى عن يونس بن عبد الأعلى ، قال ناظرت الشافعي في شئ ، فقال : والله ما أقول لك إلا نصحاً : اذا وجدت أهل المدينة على شئ فلا تدخلن قلبك شكاً أنه الحق ، وكل ماجاءك وقوى كل القوة لكنك لم تر له بالمدينة أصلاً فلا تعبأ به ، ولاتلتفت إليه[1] .

قلت : ومما يرجح القول بحجية عمل أهل المدينة :

– أن الإمام مالك – رحمه الله – لم يأت بشئ من عنده ، ولم يخرج في اجتهاده واستنباطه عن مذاهب أهل المدينة ، الذي انصب فقه الصحابة في حجورهم وأفرغ في عقولهم .

فالسنة كانت محصورة في أصحاب رسول الله قطعاً ، وعنهم نقلت إلى التابعين ، وعن التابعين أخذ مالك – رحمه الله – .

[1] راجع : مناقب الامام الشافعي للرازي ص ٥٥ .

ويشهد لذلك : لما طلب الرشيد أن يقرأ مالك عليه موطأه .

قال : ياأمير المؤمنين سمعت ابن شهاب يقول : جمعنا هذا العلم من رجال فى الروضة وهم : سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة وعروة ، والقاسم ، والسالم ، وخارجة ، وسليمان ، ونافع[1] .

ثم نقل عنهم : ابن هرمز ، وأبو الزناد ، وربيعة ، والأنصارى وبحر العلم ابن شهاب ، وكان هؤلاء يقرأ عليهم ولايقرؤون .

فقال المهدى لأبنائه : اذهبوا ففى هؤلاء قدوة

- ماورد عن سيدنا عمر - رضى الله عنه - أنه قال : اللهم كبرت سنى وضعفت قوتى ، وانتشرت رعيتى ، فاقبضنى إليك غير مضيع ولامفرط ، ثم قدم المدينة ، فخطب الناس ، فقال : أيها الناس ، قد سنت لكم السنن ، وفرضت لكم الفرائض ، وتركتكم على الواضحة إلا أن تضلوا بالناس شمالاً ويميناً وضرب بإحدى يديه على الأخرى - ثم قال : إياكم أن تهلكوا عن آية الرجم ، يقول قائل : لانجد حدين فى كتاب الله ، فقد رجم رسول الله - ﷺ - ورجمنا ، والذى نفسى بيده لولا أن يقول الناس زاد عمر بن الخطاب فى كتاب الله - تعالى - لكتبتها : الشيخ والشيخة .... الخ .

فهذا القول ، وهذا البيان من أمير المؤمنين عمر - رضى الله عنه- من أقوى الحجج لصحة عمل أهل المدينة ، لأن سن السنن وفرض الفرائض لم يتم ولم يكتمل لأحد كما تم واكتمل لأهل المدينة .

---

[1] عمل أهل المدينة : عطية محمد سالم ص ٤٨ ، ٤٩ .

ثم هذه قضية هامة ، حد من حدود الله لم يجد الناس له نصاً في كتاب الله ، فيعلن عمر – رضى الله عنه – ثبوته ، ويعزو هذا الثبوت إلى سنة عملية ، فيقول رجم رسول الله – ﷺ – ورجمنا ، فأصبح عمل أهل المدينة ثابتاً بثبوت النص ، يقوم مقام نص الكتاب ، بعد أن نسخ لفظاً وبقى حكماً ، ولا دليل عليه إلا هذا الفعل الواقع بالمدينة ، والذى أوقعه أهل المدينة [1] .

ماقاله الإمام ابن تيمية – رحمه الله – إن ماينقله مالك – عن عمل أهل المدينة : أنه كان قبل أن تظهر الفرق أو الطوائف المخالفة ، فكان محض سنة متبعة ، أو اجتهاد الصحابة أو أى طائفة حدثت فى الإسلام[2].

هذا،وقد بين–رضى الله عنه–أنه لم يكن فى هذا مبتدعاً بل كان متبعاً .

فقد نقل عن ابن أبى الزناد قوله : كان عمر ابن عبد العزيز يجمع الفقهاء ، ويسألهم عن السنن والاقضية التى يعمل بها فيثبتها ، وماكان منه لايعمل به الناس ألغاه ، وإن كان مخرجه من ثقة .

– ماورد عن شيخه ربيعة بن أبى عبد الرحمن أنه قال : ألف عن ألف أحب إلى من واحد عن واحد ، لأن واحداً ينتزع السنة من أيديكم ، وقد كان رجال من أهل العلم والتابعين يحدثون بالأحاديث فأقول : مانجهل هذا الحديث ، ولكن مضى العمل على غيره .

– قال مالك : رأيت محمد بن أبى بكر بن عمرو بن حزم ، وكان قاضياً ، وكان أخوه عبد الله كثير الحديث رجل صدق .

---

(1) عمل أهل المدينة ص ٤٩ .

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣٠/٢٠ – ٣٤٠ .

فسمعت عبد الله إذا قضى محمد بالقضية ، وجاء فيها القضاء مخالفاً للحديث يعاقبه ويقول له : ألم يأت فى هذا حديث كذا ؟

فيقول : بلى .

فيقول أخوه : فما لك لاتقضى به ؟

فيقول : فأين الناس عنه – يعنى : ما أجمع عليه العلماء بالمدينة .

يريد : أن العمل بها – أى المدينة – أقوى من الحديث[1] .

---

[1] راجع : مناقب الإمام الرازى ص ٥٥ ، ملامح من حياة الفقيه المحدث مالك بن أنس إمام دار الهجرة ص ٦٤

المبحث الثالث

تطبيقات فقهية لبيان أثر الخلاف
فى حجية عمل أهل المدينة فى اختلاف الفقهاء

وفيه سـبعة مطالب :

المطلب الأول : إقامة الصلاة .

المطلب الثانى : فائتة السـفر .

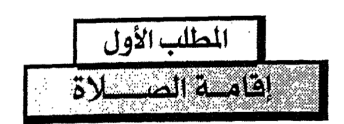
المطلب الثالث : سجدات التلاوة .

المطلب الرابع : الزكاة فى الفواكه والخضروات .

المطلب الخامس: خرص التمر والعنب .

المطلب السادس: المرأة إذا فارقها زوجها الثانى وعادت إلى الأول.

المطلب السابع : توريث ذوى الأرحام .



ذهب الإمام مالك – رحمه الله – إلى إفراد ألفاظ الإقامة ، محتجاً بإجماع أهل المدينة ، حيث جاء فى الموطأ : " وسئل مالك عن تثنية الآذان والإقامة ، ومتى يجب القيام على الناس حين تقام الصلاة ؟

فقال : لم يبلغنى فى النداء والإقامة إلا ما أدركت الناس عليه .

فأما الإقامة فانها لاتثنى ، وذلك الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا.

وأما قيام الناس حين تقام الصلاة ، فإنى لم أسمع فى ذلك بحد يقام له ، إلا أنى أرى ذلك على قدر طاقة الناس ، فإن منهم الثقيل والخفيف ، ولا يستطيعون أن يكونوا كرجل واحد "[1] .

قلت : ومحل البحث المسألة الأولى فى السؤال ، وكان الجواب عليها بما أدرك الناس عليه ، وبما لم يزل عليه أهل العلم بالمدينة .

قال ابن عبد البر : قوله " هذا " تصريح بأنه لم يبلغه فيه حديث من أخبار الآحاد ، وأن الآذان والإقامة عنده مأخوذان من العمل بالمدينة ، وهو أمر يصح فيه الاحتجاج بالعمل[2] .

وقد روى أن أبا يوسف قال لمالك : تؤذنون بالترجيع وليس عندكم عن النبى – ﷺ – فيه حديث ، فالتفت إليه مالك ، وقال ياسبحان الله ؟

---

(١) راجع : الموطأ : ١٣٥/١ ، الاستذكار ٥٦/٤ .

(٢) راجع : الاستذكار ٥٦/٤ .

مارأيت أمراً أعجب من هذا ، ينادى على رؤوس الأشهاد فى كل يوم خمس مرات ، يتوارثه الأبناء عن الآباء ، من لدن رسول الله -ﷺ- إلى زماننا هذا ، يحتاج فيه إلى فلان عن فلان ؟ هذا أصح عندنا من الحديث[1] .

وإلى ذلك ذهب كل من الشافعية والحنابلة ، وحجتهم فى ذلك حديث ابن عمر ، أنه قال : إنما كان الآذان على عهد رسول الله - ﷺ - مرتين مرتين ، والإقامة مرة مرة ، إلا أنه يقول : " قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة " [2] .

وذهب الحنفية إلى تثنية ألفاظ الإقامة كالآذان ، إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين .

قال الطحاوى : تواترت الآثار عن بلال أنه كان يثنى الإقامة حتى مات .

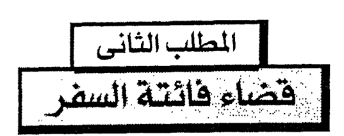
وعن إبراهيم النخعى : كانت الإقامة مثل الآذان ، حتى كان هؤلاء الملوك ، فجعلوها واحدة واحدة ؛ للسرعة إذا خرجوا - للصلاة - يعنى بنى أمية[3] .

---

(1) عمل أهل المدينة ، عطية محمد سالم ص ٥٨ .

(2) راجع : المغنى لابن قدامة ٨٣/٧ ، ٨٤ ، أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية ص ٤٦٥ .

(3) راجع : فتح القدير ٢٤٣/١ .



من أدرك الوقت وهو فى سفر ، فأخر الصلاة ساهياً[1] أو ناسياً[2]. حتى قدم على أهله ، وقد ذهب الوقت ، فهل يصلى الفائتة صلاة سفر أم حضر ؟

ذهب الشافعية والحنابلة : إلى أن الفائتة فى السفر إذا صلاها فى الحضر صلاها صلاة حضر .

وحجتهم فى ذلك : أن القصر رخصة من رخص السفر فيبطل بزواله : كالمسح ثلاثاً[3] .

وذهب الإمام مالك إلى أن من فاتته صلاة فى السفر قضاها فى الحضر كما وجب عليه .

قال فى الموطأ : من أدركه الوقت وهو فى السفر : فأخر الصلاة ساهياً أو ناسياً حتى قدم على أهله ، أنه إن كان قدم على أهله وهو فى الوقت ، فليصل صلاة المقيم .

وإن كان قد قام وقد ذهب الوقت فليصل صلاة المسافر ، لأنه يقضى مثل الذى كان عليه .

---

(١) السهو : الذهول عن الشئ ، تقدمه ذكر أو لم يتقدمه .

(٢) النسيان : هو الذهول عن الشئ بشرط أن يتقدمه الذكر .

(٣) راجع : المغنى لابن قدامة ١٢٧/٢ .

ثم قال مُالك : وهذا الأمر هو الذى أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا[١] .

وإلى مثل هذا ذهب الحنفية ، فقد جاء فىالهداية : ومن فاتته صلاة فى السفر قضاها فى الحضر ركعتين ، ومن فاتته فى الحضر قضاها فى السفر أربعاً ، لأن القضاء بحسب الأداء[٢] .

ووجه تفريع هذا الفرع على مبحث حجية عمل أهل المدينة :

أن من تمسك بحجية عمل أهل المدينة قال : قضاء الصلاة الفائتة فى السفر يكون بمثل ماوجبت عليه فى السفر ، فأخذ بعمل أهل المدينة وترك القياس .

ومن لم يأخذ بعمل أهل المدينة ، وقدم القياس عليه قال : بأن الفائتة فى السفر تصلى صلاة حضر .

---

(١) راجع : الموطأ ٢٣/١ .

(٢) راجع : الهداية ٤٥/١ .

المطلب الثالث

سـجود القـــرآن

قال الإمام مالك فى الموطأ : الأمر عندنا أن عزائم سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ، ليس فى المفصل منها شئ[1] .

قال أصحابه : أولها : خاتمة الأعراف[2] .

وثانيها : فى الرعد ، عند قوله تعالى : " بالغدو والآصال "[3] .

وثالثها : فى النحل ، عند قوله تعالى : " ويفعلون مايؤمرون "[4] .

ورابعها : فى بنى إسرائيل ، عند قوله تعالى : " ويزيدهم خشوعاً "[5] .

وخامسها : فى مريم ، عند قوله تعالى : " خروا سجداً وبكياً "[6] .

وسادسها : الأولى من الحج ، عند قوله تعالى : " إن الله يفعل مايشاء "[7].

وسابعها : فى الفرقان ، عند قوله تعالى : " وزادهم نفورا "[8] .

وثامنها : فى النمل ، عند قوله تعالى : " رب العرش العظيم "[9] .

وتاسعها : فى ألم تنزيل ، عند قوله تعالى : " وهم لايستكبرون "[10] .

---

(1) راجع : الموطـأ بشرح المنتقى للباجى ٣٥١/١ .

(2) الآية (٢٠٦) من سورة الأعراف .

(3) الآية (١٥) من سورة الرعد .

(4) الأيـة (٤٩) من سورة النحل .

(5) الآية (١٠٧) من سورة الاسراء .

(6) الاية (٥٨) من سورة مريم .

(7) الآية (١٨) من سورة الحج .

(8) الآية (٦٠) من سورة الفرقان .

(9) الآية (٢٥) من سورة النحل .

(10) الاية (١٥) من سورة السجدة .

وعاشرها : فيُ ص ، عند قوله تعالى : " وخر راكعا واناب "[1] .

والحادية عشرة : فى " حم تنزيل " ، عند قوله تعالى : " إن كنتم اياه تعبدون "[2] وقيل : عند قوله : " وهم لايسأمون " .

وقال الشافعى : أربع عشرة سجدة .

ثلاث منها فى المفصل : فى الانشقاق[3] ، وفى النجم[4] ، وفى " إقرأ باسم ربك "[5] .

ولم يرى فى " ص " سجدة ، لأنها عنده من باب الشكر .

وقال أحمد : هى خمس عشرة سجدة ، حيث قال : بسجدة الحج الثانية[6].

وقال أبو حنيفة : هى اثنتا عشرة سجدة .

قال الطحاوى : وهى كل سجدة جاءت بلفظ الخبر[7] .

والسبب فى اختلافهم : اختلافهم فى المذاهب التى اعتمدوها فى تصحيح عددها .

وذلك أن منهم من اعتمد على أهل المدينة ، ومنهم من اعتمد القياس ، ومنهم من اعتمد السماع .

وأما الذين اعتمدوا القياس : فأبو حنيفة وأصحابه .

---

(1) الاية (٢٤) من سورة ص .

(2) الاية (٣٧) من سورة فصلت .

(3) الاية (٦١) من سورة الانشقاق .

(4) الاية (٦٢) من سورة والنجم .

(5) الآية (١٩) من سورة العلق .

(6) الآية (٧٧) من سورة الحج .

(7) راجع : بداية المجتهد لابن رشد ٢٢٢/١ ، ٢٢٣ .

قالوا : وجدنا السجدات التى أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر : وهى سجدة الأعراف ، والنحل ، والرعد ، والإسراء ، ومريم وأول الحج ، والفرقان ، والنمل ، والسجدة ، فوجب أن يلحق بها سائر السجدات التى جاءت بصيغة الخبر وهى التى فى : ص ، وفى الإنشقاق ، ويسقط ثلاثة : جاءت بلفظ الأمر ، وهى التى فى : النجم ، والثانية من الحج ، وفى"إقرأ باسم ربك".

وأما الذين اعتمدوا السماع : فإنهم صاروا إلى ماثبت عنه ﷺ من سجوده فى الانشقاق ، وفى " إقرأ باسم ربك " وفى " النجم "[1] .

بما روى عن أبى رافع : قال : صليت خلف أبى هريرة - رضى الله عنه - صلاة العشاء (يعنى العتمة) فقرأ : " إذا السماء انشقت " ، فسجد فيها ، فلما فرغ ، قلت : يأبا هريرة ماكنا نسجدها ، قال : سجدها أبو القاسم - ﷺ - .

وهذا الخبر يدل على أن النبى - ﷺ - سجدها فى المدينة ، فإن أبا هريرة - رضى الله عنه - إنما أسلم وهو بالمدينة[2] .

وصح عنه - ﷺ - إنه سجد فى النجم .[3]

---

(1) المرجع السابق .

(2) الأدلة المختلف فيها ص ٣٧٥ ، إعلام الموقعين ٤٠٧/٢ .

(3) راجع : إعلام الموقعين ٤٠٧/٢ .

وأما الذين اعتمدوا العمل – أى عمل أهل المدينة – فمالك وأصحابه[١] .

والذى تعلق به مالك فى ذلك : ماروى عن ابن عباس – رضى الله عنه – أن رسول الله – ﷺ – لم يثبت فى شئ من المفصل منذ تحول إلى المدينة[٢] .

وفى هذا يقول الدرديرى : سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ، لا فى ثانية " الحج " ، ولا فى " النجم " ، تقديما للعمل على الحديث لدلالته[٣].

وإنما قدم العمل عن الحديث لدلالة العمل على نسخ الحديث المذكور ، إذ لو كان باقياً من غير نسخ ما عدل أهل المدينة عن العمل به[٤] .

---

(١) بداية المجتهد ٢٢٢/١ ، ٢٢٣ .

(٢) راجع : إعلام الموقعين ٤٠٧/٢ .

(٣) راجع : الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : أبى البركات أحمد الدردير ٤١٧/١ ، ٤١٨ .

(٤) راجع : الأدلة المختلف فيها ص ٣٧٥ .

المطلب الرابع
الزكاة فى الفواكه والخضروات

قال أبو حنيفة : الزكاة واجبة فى الفواكه كلها : الرمان ، والزيتون والفرسك[1] ، وكل ثمرة ، وكذلك كل ماتخرج الأرض وتنبت من البقول والخضر كلها والثمار إلا القصب والحطب والحشيش .

وحجته : قول الله عز وجل : " وهو الذى أنشأ جنات معروشات وغير معروشات والنخيل والزرع مختلفاً أكله والزيتون والرمان متشابهاً وغير متشابه كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده "[2] .
قال : وحقه الزكــــاة[3] .

ومن حجته أيضاً : عموم قوله ﷺ " فيما سقت السماء والعيون العشر وفيما سقى بالسانية نصف العشر "[4].

بينما يذهب الإمام مالك – رحمه الله – إلى أنه لا زكاة فى شئ من الفواكه والبقول .

ويحتج على ذلك بما عليه أهل المدينة ، فيقول فى الموطأ : والسنة التى لا اختلاف فيها عندنا ، والذى سمعت من أهل العلم: أنه ليس فى شئ

---

(1) الفرسك : الخوخ ، أو ضرب منه أحمر ، أو ماينفلق عن نواه ، شرح الموطأ للزرقانى ٣٧٠/٢ .
(2) الآيـة (١٤١) من سورة الأنعام .
(3) راجع : الاستذكار الجامع لمذهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار ٢٧٤/٩ ، فتح القدير ٢٤٣/٢ .
(4) راجع : سنن الترمذى ٢٢/٣ ، سنن ابن ماجة ٣٠٤/١ .

من الفواكه كلها صدقة : الرمان ، والفرسك ، والتين وما أشبه ذلك وما لم يشبهه إذا كان من الفواكه .

قال : ولا فى القصب ولا فى البقول كلها صدقة ، ولا فى أثمانها إذا بيعت صدقة ، حتى يحول على أثمانها الحول من يوم بيعها ويقبض صاحبها ثمنها "[١] .

قال ابن عبد البر : لا أعلم خلافاً بين أهل المدينة أنه ليس فى البقول صدقة على ماقال مالك – رحمه الله[٢] – .

وإلى هذا ذهب الإمام الشافعى وأحمد .

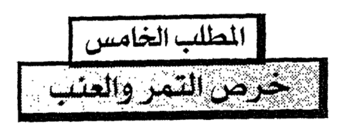
ونحوه قول أبى يوسف ومحمد : فإنهما قالا : لاشىء فيما تخرجه الأرض إلا ماكانت له ثمرة باقية يبلغ مكيلها خمسة أوسق [٣].

---

[١] راجع : شرح الموطأ للزرقانى ٣٦٩/٢ ، ٣٧٠ ، الاستذكار ٢٧٠/٩ .

[٢] راجع : الاستذكار ٢٧٠/٩ .

[٣] راجع : فتح القدير ٢٤٣/٢ ، المغنى ٥٤٩/٢ ، ٥٥٠ .



الخرص : هو تقدير ما على الشجرة من الرطب تمراً ، ومن العنب زبيباً ، تقدير ظنى بواسطة رجل عدل خبير ، يفعل ذلك ، لكى تقدر زكاة النخل والعنب قبل أن تؤكل الثمار وتفرق أكلاً وبيعاً ويكون ذلك فى أول مايطيب التمر ويذهى بحمرة أو صفرة ، وكذلك العنب إذا جرى فيه الماء وطاب أكله[1] .

أجازه مالك – رحمه الله – وحجته فى ذلك إجماع أهل المدينة عليه :

قال فى الموطأ :

" الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لايخرص من الثمار الا النخيل والأعناب فإن ذلك يخرص حين يبدو صلاحه ، ويحل بيعه ، وذلك أن ثمر النخيل والأعناب ، يؤكل رطباً وعنباً ، فيخرص على أهله للتوسعة على الناس ، ولئلا يكون على أحد فى ذلك ضيق ، فيخرص ذلك عليهم ، ثم يخلى بينهم وبينه يأكلونه كيف شاؤا ، ثم يؤدون منه الزكاة على ماخرص عليهم "[2] .

وإلى مثل ماذهب مالك : ذهب الشافعى ، وأحمد ، وهو المنقول عن أكثر أهل العلم .

---

(1) راجع : المغنى لابن قدامة ٥٦٩/٢ ، الاستذكار ٢٥١/٩ .

(2) راجع : شرح الموطأ للزرقانى ٣٦١/٢ ، المغنى ٥٦٨/٢ ، ٥٦٩ .

قال ابن قدامة : وممن كان يرى الخرص عمر بن الخطاب ، وسهل بن أبى حثمة ، ومروان ، والقاسم ابن محمد ، والحسن ، وعطاء ، والزهرى ، وعمرو بن دينار، وعبد الكريم بن أبى المخارف ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأكثر أهل العلم[1].

واستدلوا على ذلك بما روى سعيد بن المسيب عن عتاب بن اسيد "أن النبى – ﷺ – كان يبعث على الناس من يخرص عليهم كرومهم وثمارهم"[2] .

وقال الثورى ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومحمد : الخرص باطل ليس بشئ ، وعلى رب المال أن يؤدى عشره زاد أو نقص ، لأنه رجم بالغيب وظن وتخمين لايلزم به حكم ، وإنما كان الخرص تخويفاً للحراثين لئلا يخونوا[3] .

ويجاب عن قول الحنفية : بأنه بعد مجئ السنة به واعتباره أمراً تقريبياً لم يبق لرده مجال .

---

[1] راجع : المغنى ٥٦٨/٢ ، الاستذكار ٢٤٦/٢ .

[2] سنن أبو داود ١١٠/٢ ، سنن النسائى ١٠٩/٥ .

[3] راجع : المغنى ٥٦٨/٢ ، الاستذكار ٢٤٦/٢ .

المطلب السادس

المرأة إذا فارقها زوجها الثانى وعادت إلى الأول

المرأة إذا طلقت من زوجها طلقة أو طلقتين ، ثم تزوجها رجل آخر ، ثم فارقها هذا الآخر بموت أو طلاق ، وعادت إلى الزوج الأول .

هل تعود بثلاث تطليقات ، ويهدم الزواج الثانى مادون الثلاث فى الزواج الأول ، كما يهدم الثلاث ، أم تعود بما تبقى من الطلاق ، ولا تستأنف عدد الطلقات ؟

ذهب أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف : إلى أن زواجها بالثانى يهدم مادون الثلاث ، كما يهدم الثلاث .

قال فى الهداية : وإذا طلق الحرة تطليقة ، أو تطليقتين ، وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ، ثم عادت إلى الزوج الأول ، عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثانى مادون الثلاث ، كما يهدم الثلاث[1] .

وقال محمد : لايهدم مادون الثلاث .

وذهب الإمام مالك : إلى أن المرأة إذا طلقت من زوجها طلقة أو طلقتين ثم تزوجها رجل آخر ، ثم فارقها بموت أو طلاق ، ورجعت إلى زوجها الأول ، رجعت بما تبقى من الطلاق .

واستدل على ذلك بإجماع أهل المدينة ، حيث قال فى الموطأ : عن عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – قال : " أيما إمرأة طلقها زوجها

---

(1) راجع : الهداية شرح البداية ١٧٨/٣ .

تطليقة أو تطليقتين ، ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجاً غيره ، فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول ، فإنها تكون عنده على مابقى من طلاقها " .

قال مالك : وعلى هذا السنة عندنا التى لا اختلاف فيها[١].

وبه قال الإمام الشافعى وأحمد فى أصح الروايتين عنه ، ومحمد وزفر من أصحاب أبى حنيفة [٢] .

---

(١) راجع : الموطأ ٢١٧/٣ .

(٢) راجع : المغنى لابن قدامة ٢٦١/٧ .

المطلب السابع
توريث ذوى الأرحام

ذو الرحم : فى اصطلاح علماء الميراث : هو كل قريب ليس بصاحب فرض ولا عصبة تحرز جميع المال عند الانفراد : مثل ، أولاد البنات وأولاد الأخوات وبنات الإخوة والجد الرحمى (غير الصحيح) والجدة الرحمية (غير الصحيحة) والخال والخالة ، ونحوهم من كل قريب ليس عصبة ولا صاحب فرض[1] .

وقد اختلف الفقهاء فى توريث ذوى الأرحام على رأيين :

فذهب أبو حنيفة وأحمد إلى توريثهم ، وهو رأى عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس – رضى الله عنهم – .

واستدلوا : بعموم قوله تعالى : وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله "[2] .

أى أحق بالميراث فى حكم الله تعالى ، فقد قال أهل العلم : كان التوارث فى ابتداء الإسلام بالحلف ، فكان الرجل يقول للرجل : دمى دمك ومالى مالك ، تنصرنى وأنصرك ، وترثنى وأرثك ، فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك ، فيتوارثان دون القرابة .

وذلك قوله عز وجل : " والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم "[3]

---

[1] راجع : الاستذكار ١٥/٤٦٨ .

[2] من الآية (٧٥) من سورة الانفال .

[3] من الآية (٣٣) من سورة النساء .

ثم نسخ ذلك ، فصار التوارث بالإسلام والهجرة ، فإذا كان لـه ولد ولم يهاجر ورثه المهاجر دونه ، وذلك قوله تعالى : " والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا "[1] .

ثم نسخ ذلك بقوله تعالى : " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله "[2].

وذهب مالك والشافعى : إلى أن ذوى الأرحام لايرثون ، فإذا مات شخص عن غير ذى فرض ولا عصبة ، وله ذو رحم ، ردت التركة إلى بيت المال[3] .

واحتجوا على ذلك بإجماع أهل المدينة ، فيقول فى الموطأ : "الأمر المجتمع عليه عندنا الذى لا اختلاف فيه ، والذى أدركت عليه أهل العلم ببلدنا : أن ابن الأخ للأم ، والجد أبا الأم ، والعم أخا الأب للأم ، والخال ، والجدة أم أبى الأم ، وابنة الأخ للأب والأم ، والعمة ، والخالة ، لايرثون بأرحامهم شيئاً[4] .

---

(1) من الآية (٧٢) من سورة الأنفال .

(2) من الآية (٧٥) من سورة الأنفال .

وراجع : المغنى ٨٣/٧ ، ٨٤ ، المبسوط للسرخسى ٢/٣٠ – ٢٧ .

(3) الاستذكار ٤٦٩/١٥ ، ٤٨٠ ، الشرح الصغير ٦٣٠/٤ .

(4) شرح الموطأ للزرقانى : ١١٨/٣ .

الخاتمـــة

بعد حمد الله الذى تتم بنعمته الصالحات ، وشكر القدير العاصم من الزلات.

فهذا هو بحثى ، الذى بذلت فيه قصارى جهدى .

وقد استبان منه :

أن الإمام مالك لم يقل بإجماع أهل المدينة ، وإنما قال بعمل أهل المدينة.

أن المراد " بعمل أهل المدينة " فيما نقل عن الإمام مالك ، وماصرح به فى رسالته وفتاويه : أن عمل أهل المدينة وروايتهم أرجح من عمل غيرهم وروايتهم .

أن عمل أهل المدينة له أثر كبير فى الفروع الفقهية على ضوء ما ورد من أقوال العلماء فى عمل أهل المدينة .

والله أسأل أن يوفق الجميع إلى مافيه رضاه عنهم ، حتى يسعدوا فى دنياهم ، ويفوزوا فى أخراهم ، وأن يتغمد علماء هذه الأمة ومجتهديها بعظيم رحماته ، ويسكنهم فسيح جناته ، فقد تركوا لنا تراثاً عزيزاً غالياً ، كان بمثابة مشاعل الهدى على الطريق .

كما أسأله أن يوفقنا إلى خدمة شريعته ، ويلهمنا الصواب فإنه نعم الموفق والمعين .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

أهم مراجع البحث

١ - القرآن الكريم .
٢ - أثر اختلاف الأصوليين فى اختلاف الفقهاء، د/مصطفى سعيد الخن.
٣ - إرشاد الفحول ، محمد بن على الشوكانى ، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ، مطبعة محمد على صبيح .
٤ - أصول السرخسى ، شمس الأئمة : محمد بن أحمد السرخسى المتوفى سنة ٤٩٠هـ ، مطبعة دار المعرفة - بيروت ، لبنان .
٥ - أصول الفقه ، محمد أبو النور زهير ، طبع دار الطباعة المحمدية .
٦ - إعلام الموقعين ، محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد الزرعى ، الدمشقى المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ ، طبع مطابع الإسلام بالقاهرة ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية .
٧ - الإحكام فى أصول الأحكام ، سيف الدين على بن محمد الآمدى المتوفى سنة ٦٣١هـ ، طبعة /مطبعة محمد على صبيح بمصر .
٨ - الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه " الموطأ " من معانى الرأى والآثار ، أبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، المتوفى سنة ٣٦٨هـ ، دار الوعى، حلب - القاهرة .
٩ - البحر المحيط ، محمد بن بهادر بن عبد الله ، التركى ، المصرى ، الزركشى ، المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، طبع دار الصفوة للطباعة والنشر

بالغردقة تحرير ومراجعة د/ عبد الستار أبو غدة ، والشيخ عبد القادر عبد الله الغانى .

١٠- البرهان فى أصول الفقه ، إمام الحرمين : عبد الملك بن عبد الله الجوينى المتوفى سنة ٤٧٨هـ ، ط / دار الأنصار بالقاهرة تحقيق د/عبد العظيم الديب .

١١- التقرير والتحبير ، محمد بن محمد بن حمد بن حسن الحلبى ، المتوفى سنة ٨٧٩هـ ، ط / دار الكتب العلمية ، بيروت .

١٢- العدة فى أصول الفقه ، أبو يعلى : محمد بن الحسين الفراء القاضى الحنبلى ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ ، تحقيق د / أحمد بن المباركى ، ط/ الرياض بالسعودية .

١٣- المبسوط : شمس الأئمة ، محمد بن أحمد السرخسى ، ط / دار المعرفة - بيروت .

١٤- المحصول فى علم الأصول ، الفخر الرازى ، محمد بن عمر الرازى ، المتوفى سنة ٦٠٦هـ ، ط / دار الكتب العلمية .

١٥- المستصفى من علم الأصول للغزالى ، أبو حامد : محمد بن حمد الغزالى ، المتوفى سنة ٥٠٥هـ ، طبع مع فواتح الرحموت ، ومسلم الثبوت ، ط / المطبعة الأميرية .

١٦- الموطأ للإمام مالك بن أنس الأصبحى ، المتوفى سنة ١٧٩هـ ، طبع مع التعليق المغنى ، ط / مكتبة المتنبى .

١٧- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، أبو الوليد ، محمد بن أحمد بن رشد، المتوفى سنة ٥٩٥هـ ، مطبعة مصطفى الحلبى .

١٨- بذل النظر في الأصول ، الإمام محمد بن عبد الحميد الأسمندى المتوفى سنة ٥٥٢ هـ ، ط / مكتبة دار التراث بالقاهرة ، تحقيق وتعليق د/ محمد زكى عبد البر .

١٩- تيسير التحرير ، محمد أمين ، المعروف بأمير شاه الحسينى الحنفى، ط / مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

٢٠- حاشيتا قليوبى وعميرة على شرح الجلال المحلى ، ط / عيسى الحلبى.

٢١- سنن أبى داود ... الحافظ ، سليمان بن الأشعث السجستانى ، المتوفى سنة ٢٧٥هـ .

٢٢- سنن الترمذى / أبو عيسى ، محمد بن عيسى بن سورة ، الترمذى ، المتوفى سنة ٢٩٧هـ .

٢٣- شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ... الجلال شمس الدين ، محمد بن أحمد المحلى المتوفى سنة ٨٦٤هـ ، طبع مع حاشية البنانى، وتقريرات الشرط ، المطبعة الأزهرية المصرية .

٢٤- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب عضد الدين ، عبد الرحمن ابن أحمد الإيجى المتوفى سنة ٧٥٦هـ طبع مع مختصر ابن الحاجب وحاشية السعد ، ط / مكتبة الكليات الأزهرية .

٢٥- شرح الكوكب المنير المسمى (بمختصر التحرير) أو المختبر المبتكر شرح المختصر ... محمد بن أحمد الفتوحى المعروف بابن النجار ، المتوفى سنة ٩٧٢هـ ، ط / دار الفكر بدمشق على نفقة جامعة الملك عبد العزيز .

٢٦- شرح اللمع فى أصول الفقه ... أبو إسحاق : إبراهيم بن على الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، تحقيق د/ عبد المجيد تركى طبعة دار الغرب الإسلامى .
٢٧- شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول ... شهاب الدين أبو العباسى ... أحمد بن إدريس القرافى ، المتوفى سنة ٦٨٤هـ ط / شركة الطباعة الفنية المتحدة ، نشر دار الفكر ، ومكتبة الكليات الأزهرية .
٢٨- شرح فتح القدير ... كمال الدين : محمد بن عبد الواحد بن الهمام ، المتوفى سنة ٨٦١هـ ، طبع مع شرح العناية ، ط / مصطفى الحلبى.
٢٩- صحيح مسلم بشرح النووى ... أبو الحسين : مسلم بن الحجاج النيسابورى ، المتوفى سنة ٢٦١هـ ، ط / مع شرح النووى ، ط / دار الريان .
٣٠- عمل أهل المدينة ... عطية محمد سالم ، مكتبة دار التراث ، المدينة المنورة .
٣١- فتح البارى شرح صحيح البخارى ... الحافظ : أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، طبع على صحيح البخارى، ط / دار الريان .
٣٢- كشف الأسرار على أصول البزدوى ... علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى ، المتوفى سنة ٧٣٠هـ ، دار الكتاب العربى ، بيروت، ضبط وتعليق المعتصم البغدادى .
٣٣- مجموع فتاوى ابن تيمية . شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، ط / مؤسسة قرطبة .

٣٤- ملامح من حياة الفقيه المحدث مالك بن أنس إمام دار الهجرة ، للاستاذ الدكتور / أحمد على طه ريان .

٣٥- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل . محمد بن عبد الرحمن ، المعروف بالخطاب ، دار الفكر للطباعة والنشر .

٣٦- نهاية السول شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للإسنوى : عبد الرحيم بن الحسن الإسنوى المتوفى ، سنة ٧٧٢هـ ، مع شرح البدخشى طبع صحيح ، ومع سلم الوصول ، ط / دار الكتب العلمية ببيروت عن المطبعة السفلية .

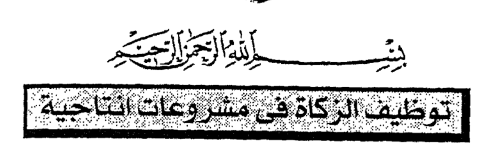
فهرس الموضوعات

بحث فى

توظيف الزكاة فى مشروعات إنتاجيــــة

إعـداد

دكتور / حسين على منـــــازع



توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية

تمهيـــــــد :

توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية أو استثمارية مسألة تفرض وجودها على المجتمع الإسلامى منذ مئات السنين ، وإن سلفنا الصالح كان يتصدى لها بالقدر الذى يفى بمتطلبات زمانهم ، ولم يقصروا فى ذلك بفكر ولا أرى ولا فتوى ، وإنما كان جل همهم أن يبذلوا قصارى جهدهم للوصول إلى حكم أو فتوى[1] تتفق مع حاضرهم هم وليس لمن يأتى بعدهم، تلك سنة الله فى خلقه .

أما كون هذه المسألة تفرض وجودها مرة أخرى على حاضر مجتمعنا الإسلامى اليوم فذاك شأن آخر يختلف عن شأن العهود الأولى ووجه الاختلاف أن مثل هذه المسألة كانت تجد حلا بل حلولا فى ميادين أخرى خلاف فريضة الزكاة ، فموارد بيت المال من الخراج والجزية والغنيمة والفئ كانت تفى بالغرض المطلوب ، هذا بالاضافة إلى أن المسلمين فى العهود الأولى كانت تتخلق فيهم صفة الإيثار والبذل والعطاء والسبق إلى فعل الخيرات وبذل الغالى والنفيس فى سبيل اصلاح المجتمع المسلم ، ففقهاؤنا لم يعاصروا مشاكلنا التى نعيشها اليوم ، ولو عاصروها لتلمسوا النصوص التى فيها مخرج لهم . وهذا يفسر لنا لماذا لم يتعرض فقهاؤنا رضوان الله عليهم إلى مسألة توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية

---

(1) قصد المفتى والمجتهد هو موافقة الحكم للدليل الشرعي .

إلا بما يتفق مع ظروفهم وأحوالهم حيث كان البديل يتأتى من الموارد التى سقناها من قبل كالخراج والجزية وما إلى ذلك من صدقات تطوعية ، لذلك لم تنشأ عندهم ضرورة لمثل هذه المشكلة .

أما شأن عهدنا وعصرنا فمختلف ، فما الجزية باتت مورداً من موارد بيت مال المسلمين ولا الخراج والفئ والغنيمة تفى بالمطلوب بعد ما اتسع نطاق الدولة الإسلامية وكثرت رعاياها وتنافست عليها الأمم وانقسمت وتفرقت أمما وشيعاً وقل دخل الزكاة عن أن يؤدى دوره الذى أراده الله ، ونضب فيه الإقدام على الخير وزاد التفريط فى اخراج الزكاة وعدم القيام بهذه الفريضة التى لو أديت بتمامها لتغير وجه المجتمع الإسلامى[1] ، كما كادت أن تنعدم روح الإيثار وبذل المال عند المسلمين ، كل ذلك مما يؤدى بنا إلى القول بأن وجه المسألة قد تغير ، وأن وجه المصلحة وتمام النفع ينبغى أن يُرى بوضوح ، لا أقول كى لايختل توازن المجتمع الاجتماعى والاقتصادى وإنما أقول كى يعود التوازن اجتماعياً واقتصادياً لمجتمعنا المسلم الذى خاطبه المولى عز وجل فقال " وكذلك جعلناكم أمة وسطا "[2] وقال " كنتم خير أمة أخرجت للناس "[3] وقال "وتعاونوا على

---

(1) الشيخ / وهبة الزحيلى – من مناقشات مجمع الفقه الاسلامى حول توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية ذات ربع بلا تمليك فردى للمستحق " مجلة مجمع الفقه الاسلامى – الدورة الثالثة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامى – العدد الثالث – ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م ، جـ٣/ ٤٠٦ .

(2) سورة البقرة آية ١٤٣ .

(3) سورة آل عمران آية ١١٠ .

البر والتقوى "[1] وقال " وكلوا وأشربوا ولاتسرفوا "[2] .

لهذا كان لزاماً علينا أن نشارك بالرأى فى تحقيق هذه المسألة كى يتبين وجه الحق ويتحقق المراد .

هذا ولا أزعم أنى أول من حاول التعرض لبحث هذه المسألة ، فقد بحثت من قبل فى مجمع الفقه الاسلامى فى دورته الثالثة المنعقدة بعمان ٨-١٣ من صفر / ١٤٠٧هـ ١٣ أكتوبر ١٩٨٦م ، وكان عنوان المسألة "توظيف الزكاة فى مشروعات ذات ريع بلا تمليك فردى للمستحق " وتعددت الآراء وتباينت فيما بينها ، ويمكننا رد ماقيل من أراء إلى أربعة اتجاهات وذلك كالآتى :

١ - الجواز مع ابداء التحفظات .
٢ - الجواز بالنسبة للفائض من أموال الزكاة عن حاجة المستحقين .
٣ - الجواز بشرط أن يكون من سهم " سبيل الله " .
٤ - المنع بناء على الأصل لأن مصارف الزكاة جاءت على سبيل الحصر .

ويرجع سبب الخلاف فى الرأى إلى اختلافهم فى :

١ - وجوب الصرف إلى الجهات الثمانية المنصوص عليها فى الآية الكريمة " إنما الصدقات للفقراء ... الخ " هل على سبيل التمليك أو على سبيل بيان المصرف والمحل .
٢ - تأخير الزكاة (الصرف لجهات الاستحقاق) .

---

(1) سورة المائدة آية ٢ .

(2) سورة الأعراف آية ٣١ .

وحتى يمكننا إبداء الرأى الصحيح والمناسب – فى هذه المسألة – طبقاً للواقع الحالى للبلاد الاسلامية يلزم أن نمهد ببيان ماهو آت :

١ – ضرورة بحث هذه المسألة وحتميتها .

٢ – مقصدنا من هذه الدراسة .

أولاً : ضرورة البحث وأهميته :

لاشك فى أن الحكمة من فريضة الزكاة وجعلها ركنا من أركان دين الاسلام إنما هى – فضلاً عن كونها عبادة دينية والهدف النهائى لها ثواب الله فى الآخرة – علاج لإختلال التوازن الاجتماعى والاقتصادى فى المجتمع ، وكذلك معالجة لأمراض لو تفشت فىالمجتمع لأهلكته .

وما من شك – أيضاً – فى أن اختلال التوازن الاجتماعى والاقتصادى داخل مجتمع ما إنما يظهر فى وجود غنى فاحش وفقر مدقع، وعندئذ تقف الأمة عاجزة عن أداء رسالتها ، ذلك أن الفقر لايقف عن حد قلة الأموال أو الثروات ، وإنما يتعدى أثر قلة الأموال والثروات إلى ظهور المرض والمجاعات ، وزيادة الجهل والتخلف الفكرى .

لذلك كان أول مصرف من مصارف الزكاة هو الفقر ، فيقول الرسول ﷺ لمعاذ بن جبل حينما بعثه إلى اليمن – ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله ، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات فى كل يوم وليلة ، فإن هم أطاعوك لذلك

فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة فى أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم "[1] .

وإذا كانت الزكاة علاجاً للخلة (بالفتح) والخلل كما هو مقصود الحديث أعلاه (تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم ، فإن العلاج هو الإغناء ، كما دلت على ذلك الآثار المروية عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقد روى عنه أبو عبيد رضى الله عنه فى كتابه الأموال قوله " إذا أعطيتم فأغنوا "[2] وروى عنه أيضاً أنه قال لأحد السعاة ' كرروا عليهم الصدقة " وإن راح على أحدهم مائة من الإبل "[3] وقال أيضاً " لأكررن عليهم الصدقة ولو راح على أحدهم مائة من الإبل "[4] .

فهذه الآثار المروية عن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه تدل على أن مذهبه الإعطاء حتى الإغناء حيث لاسبيل لعلاج الفقر والعوز إلا بالإغناء ، والكيفية التى يتم بها الإغناء تختلف من حال إلى حال ومن بلد إلى بلد ومن عصر إلىعصر ، فمن الناس من لايغتنى إلا بالتعليم والتدريب كما هو عهد زماننا كأصحاب المهن أو الحرف والصناعات ومنهم من لايغتنى إلا إذا استحوذ على آلة حرفته ، وقد يكون ثمنها آلاف الجنيهات ، ومنهم من يكون فقره نتيجة عدم وجود فرصة عمل مناسبة له

---

(1) الحديث رواه الامام البخارى فى صحيحه عن ابن عباس رضى الله عنهما - فتح البارى - بشرح صحيح البخارى لأحمد بن على بن حجر العسقلانى - دار المعرفة - بيروت - ٣٠٧/٣ .

(2) الأموال لابى عبيد بن سلام - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة - ص ٥٠٢ .

(3) الأمـــــوال ص ٥٠٢ .

(4) الأمـــــوال ص ٥٠٢ .

كما هو منتشر الآن فى عهدنا ، ومنهم من يكون فقره فى مرض يعجزه عن العمل ولايجد ثمن علاجه ، ولهذا كان رأى السادة الشافعية آخذا فى الاعتبار اختلاف الكيفية التى يتم بها الاغتناء ، حيث قالوا يعطى للفقير والمسكين القدر الذى يخرجهما من الحاجة إلى الغنى فمن كانت عادة الاحتراف أعطى مايشترى به حرفته أو آلات حرفته قلت قيمة ذلك أم كثرت ويكون قدره بحيث يحصل له من ربحه مايفى بكفايته غالباً ، ويختلف هذا باختلاف الحرف والبلاد والازمان والأشخاص[1] .

وإذا كان الأمر كذلك ، أعنى إذا كانت كيفية الإغناء تختلف باختلاف البلاد واختلاف الزمان ، فإن كيفية الإغناء فى عصرنا هذا تختلف عما كان عليه الحال فى زمن نزول الوحى وزمن الفقهاء المجتهدين ، ففى تلك الأزمان كان الاغتناء يتحقق بدفع مبلغ من الزكاة للفقير أو المسكين ليشترى به فأساً أو قدوماً أو آلة بسيطة ، أو ليشترى طعاماً يتجر فيه ليحصل له من ربحه مايكفيه ، حيث كانت المشروعات الفردية هى السمة المميزة للأنشطة الاستثمارية ، ومن المعلوم أن المشروعات الفردية لاتحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة ، ولم تكن العملية الإنتاجية بالتعقيد الذى نراه الآن .

أما فى عصرنا الحالى وقد ازدادت العمليات الانتاجية تعقيداً فقد تغيرت أشكال المشروعات وانتقلت من مرحلة الفردية البسيطة إلى مرحلة التكتل والتركز وتضخمت الثروات وانتشرت الاستثمارات الجماعية وأخذت صوراً عديدة من صور التكتل والتركز واحتكار الإنتاج مما لايفيد

---

[1] المجموع للنووى ١٧٥/٦ ، ١٧٦ .

معها رؤوس الأموال البسيطة ، وأصبحت جودة المنتج وانخفاض اسعاره تزداد كلما ازداد حجم التركز فى الانتاج وتنخفض كلما قل حجم التركز .

أضف إلى ذلك أن هناك بعض المشروعات لاتقبل رؤوس الأموال البسيطة والقليلة ، فالصناعات الثقيلة ، الطائرات والقطارات والسيارات والأبنية العلمية والتثقيفية والمصحات والمستشفيات العلاجية ، وصناعات الطاقة وغير ذلك لايفيد معها مبالغ فردية ، ولكن لابد من ثروات مجمعة، ذلك أن المركز المالى للمشروع أو للشركة أو للمؤسسة كلما ارتفع كلما أمكنه الحصول على المواد اللازمة للإنتاج ، ويمكنه أيضاً زيادة حجم الانتاج مع تقليل التكلفة ، كما أن تفتيت أموال الزكاة لكل مستحق قد لايوفر الغنى لجميعهم ، فالذى يحصل على مبالغ مالية قلت أم كثرت ستنفذ يوما ما ويصبح صاحبها فى حاجة إلى غيرها .

هذا بالإضافة إلى أن حجم التقدم الاقتصادى فى عصرنا هذا يقاس بمدى توفر مثل هذه الصناعات الثقيلة ، ويمكننى فى هذا الخصوص أن افترض من الافتراضات مايعين على بيان أهمية هذه الدراسة ، فلو أن دولة بترولية – مثلاً – تنتج من البترول مايمكنها من شراء ماتحتاجه من سلع من العالم الخارجى ، ثم فرض عليها حصار دولى فلا هى تعطى ولا هى تأخذ شيئاً من العالم الخارجى فإذا كانت هذه الدولة لاتمتلك بداخلها من المشروعات الانتاجية التى توفر لها احتياجاتها واحتياجات افراد شعبها فسيكون مصيرها إما الهلاك والهلاك جميعاً وإما الرضوخ إلى سلطان من فرض عليها الحصار الاقتصادى ، وكلاهما أسوأ من الآخر ، فهل حينئذ يكون قولنا إن هذه الدولة غنية أم فقيرة ؟ ورغم أنها تمتلك مايوفر لها

السيادة ، فى ظل عصرنا هذا تعتبر تلك الدولة فقيرة طالما أنها لاتمتلك من المشروعات الزراعية والصناعية والتجارية مايوفر لها اشباع احتياجات شعبها من طعام وكساء وملبس ومسكن وأدوات مهنة وحرفة ، وأداة قتال وفرصة عمل لكل طالب ، ومعهد ومدرسة ودار للشفاء وما إلى ذلك .

وربما يقال ماعلاقة هذا الافتراض بمسألة توظيف أموال الزكاة فى مشروعات انتاجية .

أليس فى امكان الدولة أو أصحاب الأموال أن يقيموا مثل هذه المشروعات ؟ اعتراض وجيه ، ولكن الحقيقة أن أموال الزكاة جزء هام وغذير من مدخرات الأفراد القادرين إذا أبيح له أن يستخدم فى تنشيط اقتصاد الدولة ، وتوفير احتياجاتها من المنتجات وتحقيق النمو أليس ذلك من قبيل مضاعفة النفع وزيادة الثمرة وأغناء للفقير وغيره.

وربما يقال – أيضاً – كيف تطوعون الأحكام الشرعية لكى تتفق مع الواقع ، وبعبارة أخرى كيف تعتبرون الواقع حجة على الشريعة .

والجواب أن الواقع لايكون حجة على الشريعة ، ولكن وضع الشرائع كما يقول صاحب الموافقات[1] إنما هو لمصالح العباد فى الآجل والعاجل معاً[2] ، وكما يقول ابن القيم إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذى قامت به الأرض والسموات ، فإذا ظهرت

(١) ابراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى المالكى المتوفى ٧٩٠هـ .

(٢) الموافقات فى أصول الشريعة لأبى اسحاق الشاطبى – دار الفكر العربى ٦/٢ .

أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان : فثم شرع الله ودينه[1] ، إذن مصالح العباد وعدل الله هو هدف الشريعة وغايتها ، فإذا تغيرت الوسيلة التى بها الوصول إلى تحقيق مصالح العباد وعدل الله فلا نقف جامدين أمام مافهمه الأولون ، بل علينا أن نقدم للإنسانية ماتحتاجه من نظم ووسائل تقربهم إلى تحقيق مصالح العباد ، وليس هذا اخضاعاً للشريعة للواقع وإنما هو مصالح العباد التى وضعت الشريعة لتحقيقها ، ليس أكثر.

لكل هذا كان بحث هذه المسألة فى ظل واقعنا الحالى أمراً ضرورياً بل وحتمياً حتى نصل إلى الرأى الصواب الذى به تتحقق مصالح العباد .

ثانياً : المقصد من البحث :

يتمثل هدفنا من بحث مسألة توظيف أموال الزكاة فى مشروعات إنتاجية فى محاولة التعرف على النقاط الآتية :

١ - مدى جواز استخدام حصيلة الزكاة قبل تقسيمها على الأصناف الثمانية الواردة فى الآية الكريمة " إنما الصدقات ....) فى مشروعات إنتاجية .

٢ - هل يجوز أن تكون ملكية أموال الزكاة ملكية عامة لكل المسلمين فقيرهم وغنيهم ، دائنهم ومدينهم ، حاضرهم وغائبهم .

٣ - وهل من الممكن أن يكون التمليك جماعياً ، بمعنى جمع كل فئة من الفئات المستحقة للزكاة فى ملكية مشروعات إنتاجية فى شكل شركات أشخاص أو شركات أموال .

---

[1] الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية – لابن قيم الجوزية – دار المدنى للطباعة والنشر ص ١٥ ، ١٦ .

٤ - مدى جواز قيام ولى الأمر باعتباره نائباً أو وكيلاً عن المستحقين للزكاة ، بإنشاء مشروعات استثمارية إنتاجية على أن يوزع العائد (الربح) علىالمستحقين .

تلك هى المحاور التى يدور حولها البحث هادفاً إلى معرفة الحكم الشرعى بشأنها .

تقســـــــيم :

إن محاولة التعرف على مدى إباحة أو جواز توظيف أموال الزكاة فى مشروعات إنتاجية من أجل تعظيم النفع والفائدة من حيث كون ذلك يحقق مصلحة للمستحقين ومصلحة للدولة وذلك بتوفير مايسد احتياجاتها من السلع والخدمات وتوفير فرص للعمالة العاطلة التى هى مصرف من مصارف الزكاة ، إن محاولة التعرف على ذلك وإمكانية تطبيقه شرعاً وواقعاً أمر يقتضى البحث أو الكشف عن قضايا أولية أخرى هى :

١ - ما كيفية تقسيم أو توزيع الزكاة للمستحقين (للتمليك والاختصاص أو لبيان المصرف) .

٢ - هل الزكاة واجبة على الفور أو التراخى .

٣ - هل تغنى الإباحة عن التمليك فى توزيع الزكاة .

٤ - هل الزكاة واجبة لمحاربة الفقر الواقع أو لمعالجة الفقر المحتمل .

أولاً : كيفية توزيع أموال الزكاة على المستحقين :

لما كان موضوع البحث يتعلق بجانب صرف الزكاة وإمكانية استثمارها قبل توزيعها على المستحقين كان واجباً علينا أن نبدأ بالكيفية

التى يتم عليها توزيع الزكاة حتى نرى ما إذا كان بالإمكان استثمار هذه الأموال قبل توزيعها أم لا ، وهل الإشارة للمستحقين فى الآية الكريمة (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل ...) الآية[1] على سبيل التمليك أو لبيان المصرف.

للإجابة على ذلك نستطلع تعريف الفقهاء للزكاة ، ثم قولهم فى المقصود باللام فى قوله : (للفقراء ...) وذلك على التوالى :

١ - تعريف الزكاة عند الفقهاء :

أ - تعريف الحنفية :

جاء فى شرح العناية على الهداية[2] أن الزكاة هى : اسم لفعل أداء حق يجب للمال يعتبر فى وجوبه الحول والنصاب .

وفى هذا التعريف نلحظ اقتصار التعريف على فعل الأداء أى مجرد أداء الجزء الواجب ، وهذا ما أكده الشيخ ابن الهمام[3] حينما قال وفى عرف الفقهاء هو نفس فعل الايتاء لأنهم يصفونه بالوجوب .

---

(1) سورة التوبة آية رقم ٦٠ .

(2) شرح العناية على الهداية - أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى - مطبوع مع فتح القدير - مصطفى البابى الحلبى ١٥٣/٢ .

(3) فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام الحنفى - مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٥٣/٢ .

ومن ذلك نستنتج أن فعل الإيتاء أو الأداء للحق هو الواجب وبناء عليه تبرئ ذمة المزكى بمجرد قيامه بفعل الايتاء أو بالأداء للمستحقين أو لمن ينوب عنهم ، وتلك مسألة أخرى سنناقشها بمشيئة الله تعالى فى حينها.

وجاء فى حاشية ابن عابدين[1] مايفيد أنها : تمليك جزء مال عينه الشارع لمسلم فقير غير هاشمى ولا مولاة مع قطع المنفعة من كل وجه لله تعالى .

وفى هذا التعريف مايفيد أن الزكاة تمليك للجزء المخرج لمستحقه واعترض على هذا التعريف حيث لاتدخل فيه زكاة السوائم لأنه يأخذها العامل ولو جبراً فلم يوجد تمليك من المزكى ، إلا أن يقال إن السلطان أو عامله بمنزلة الوكيل عنه فى صرفها مصارفها وتمليكها ، أو هو وكيل عن الفقراء[2] ، ومن هنا نعلم بأن التمليك ليس حقيقة فى كل حال ، فهو كذلك حينما يتم الدفع إلى المستحقين سواء كان من المزكى أم من السلطان أو عامل السلطان الذى هو بمثابة النائب عن المزكى أو عن المستحقين ، أما قبل ذلك فلا يوجد تمليك مباشر فى كل الوجوه .

---

(1) حاشية ابن عابدين المسماه رد المحتار على الدر المختار - دار إحياء التراث العربى للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - ط ثانية ٢/٢ ، ٣ .

(2) المرجع ذاته ص ٣ .

ب - تعريف المالكية :

قال ابن عرفة الزكاة اسماً : جزء من المال شرط وجوبه لمستحقه بلوغ المال نصاباً[1] ، وعرفها بعضهم بأنها : اسم لقدر من المال يخرجه المسلم فى وقت مخصوص لطائفة مخصوصة بالنية[2] .

وطبقاً لتعريف السادة المالكية للزكاة نلحظ عدم ورود لفظ التمليك ضمن مفردات التعريف ، وإنما اقتصر التعريف على تحديد ماهية القدر المخرج دونما اشارة إلى التمليك المباشر لهذا القدر للمستحق له ، إلا من قبيل الإشارة إلى أن هذا الجزء إنما هو لمستحقين له .

جـ - تعريف الشافعية :

الزكاة عند السادة الشافعية : اسم لقدر مخصوص من مال مخصوص يجب صرفه لأصناف مخصوصة بشروط[3] .

وطبقاً لهذا التعريف نلحظ اختلافاً فى مفردات التعريف تختلف عما عهدناه عند الحنفية والمالكية ، حيث زاد تعريف الشافعية وجوب صرف الزكاة للأصناف المخصوصة المنصوص عليها فى الآية الكريمة " إنما الصدقات للفقراء .... " الاية

---

(1) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للخطاب - دار الفكر - مجلد ٢ ص ٢٥٥ ، تقريرات الشيخ عليش على حاشية الدسوقى ، دار احياء الكتب العربية ٤٣٠/١ .

(2) مواهب الجليل ٢٥٥/٢ .

(3) مغنى المحتاج على متن المنهاج - الشيخ محمد الشربينى الخطيب - مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م جـ٣٦٨/١ .

د - تعريف الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع أن الزكاة هى : حق واجب فى مال مخصوص لطائفة مخصوصة فى وقت مخصوص[1] .

وطبقاً لهذا التعريف نلحظ اتفاقاً واضحاً مع تعريف السادة الشافعية من حيث أن القدر الواجب أو الحق كما ذكر كشاف القناع إنما هو لطائفة مخصوصة ، وهو مارأيناه فى تعريف السادة المالكية .

ومن خلال التعريفات المتقدمة للمذاهب الأربعة نجد الآتى :

١ - أن تعريف الزكاة عند الفقهاء لم تشتمل على تحديد الكيفية التى يتم بها صرف القدر الواجب إلى المستحقين ، إلا ماجاء فى كتب السادة الحنفية من أنها " تمليك " وهو مايعنى أن الصرف يكون على سبيل التمليك للمستحقين ، وهو ما اعترض عليه بأن الدفع إلى ولى الأمر أو عامله لايكون تمليكاً فى الحال ، إلا على سبيل الإنابة .

٢ - ان تعريف الزكاة عند الفقهاء وإن لم يشتمل على كيفية الصرف للمستحقين ، إلا أن كل التعريفات نصت على أن هذا الحق إنما هو لطوائف منصوص عليها فى الآية الكريمة " إنما الصدقات للفقراء والمساكين .... " الاية ، وإن الدفع إلى هؤلاء لابد أنه على سبيل التمليك ، ومع ذلك فليس هناك مايدل على وجوب التمليك المباشر للمستحقين ، بما فى ذلك تعريف الحنفية فالتمليك عندهم ركن فى

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن ادريس البهوتى ، مكتبة النصر الحديثة ١٦٦/٢ .

الزكاة[1] فهو وان صدر التعريف بلفظ " تمليك " إلا أنه لم يخص التمليك المباشر بالذكر ، بدليل جواز قبض ولى الأمر وعامله الزكاة من المزكى .

٣ - ان تعريف الزكاة عند المالكية والشافعية والحنابلة وإن لم يضمنوا تعريفاتهم لفظ التمليك إلا أن مفردات التعريف اشتملت على لفظ "حق" ، هذا الحق يثبت فى مال الغنى للأصناف المنصوص عليها فى الآية الكريمة " إنما الصدقات " ، ودفع الحق لاصحابه لاشك أنه على سبيل التمليك ، وإلا لما كان حقاً وهذا مالم يقل به أحد فى الزكاة .

٤ - إن التوكيل عن المزكى فى اخراج الزكاة والتوكيل عن الفقير فى قبضها كلاهما جائز لأنه حق مالى تجوز فيه الإنابة والتوكيل ، فى أدائه كديون الآدميين ، كما أنه يجوز له الدفع بنفسه أو وكيله للإمام أو نائبه (العامل) الذى هو نائب المستحقين لقوله تعالى " خذ من أموالهم صدقة .... " [2] ولأن النبى ﷺ والخلفاء الراشدين من بعده كانوا يبعثون السعادة لأخذ الزكوات ، والأظهر عند الشافعية أن الصرف إلى الإمام أو عامله أفضل من تسليم المالك بنفسه لأنه أى

(١) فتح القدير – مرجع سابق ص ٢٦٧ .

(٢) سورة التوبة آية رقم ١٠٣ .

الأمام أعرف بهم وبالمصالح وبقدر الحاجات[1] وتبرئ ذمة المالك (المزكى) بمجرد دفع الزكاة إلى الإمام أو نائبه[2] .

معنى اللام فى قوله تعالى " للفقــراء " :

انتهينا إلى أن الزكاة حق يثبت فى مال الغنى يجب اخراجه لمن ورد ذكرهم فى الآية الكريمة " إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم "[3] ، وان الدفع إلى هذه الأصناف إنما يكون على سبيل التمليك لأنه لو لم يكن على سبيل التمليك لما كان حقاً أو زكاة ، وإذا كان الأمر كذلك فمن المناسب هنا أن نقول إن الصرف إلى الأصناف المذكورة فى الآية السابقة على سبيل الحصر فلا يدخل معهم غيرهم لأن " إنما " تفيد الحصر وهذا يقتضى نفى اعطاء الزكاة لغيرهم[4] فهم أى الأصناف الثمانية أهل الزكاة الذين جعلهم الشرع محلا لدفعها إليها ، فكلمة " إنما " تثبت المذكورين وتنفى ماعداهم ، وكذلك تعريف الصدقات " بأل " فإنها

(1) مغنى المحتاج – مرجع سابق ص ٤١٣ – ٤١٤ – المجموع شرح المهذب للشيرازى – لابى زكريا محى الدين ابن شرف النووى ، تحقيق محمد نجيب المطيعى – مكتب الارشاد – جدة ١٣٨/٦ .

(2) الأحكام السلطانية والولايات الدينية – على بن محمد حبيب البصرى الماوردى – دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع – ط أولى ١٤٠٤هـ ١٩٨٣م ص ١٠٩ المجموع مرجع سابق ١٣٨/٦ .

(3) سورة التوبة آية رقم ٦٠ .

(4) فتح القدير ٢٥٩/٢ ، العناية على الهداية ٢٦٤/٢ ، المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك للباجى – دار الفكر العربى ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى المالكى ، ط أولى ١٤٠٥ هـ ، عالم الفكر القاهرة ص ١٠٥ مجلد ١ ، جـ ٢ ص ١٥١ ، ١٥٢ ، المهذب ١٧٠/١ ، المجموع ١٦٨/٦ ، الأحكام السلطانية لابن يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلى – دار الكتب العلمية ، بيروت ص ١٣٢ .

تستغرقها فلو جاز صرف شئ منها إلى غير الأصناف الثمانية المذكورين فى الآية لكان لهم بعضها لا كلها[1] ، ومما يؤكد هذا ماروواه زياد بن الحرث الصدائى : قال أتيت النبى ﷺ فبايعته فأتاه رجل فقال أعطنى من الصدقة فقال له إن الله لم يرض بحكم نبى ولا غيره فى الصدقات حتى حكم فيها هو فجزأها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك[2] ، فما لم يكن من هذه الأصناف فليس مصرفاً من مصارف الزكاة ، وعليه يمكننا القول بأن الزكاة تأخذ بقاعدة التخصيص ، بخلاف الحال فى الضرائب التى لاتعرف التخصيص فى الانفاق .

إذاً فما معنى اللام ، هل تفيد التمليك لجميع المستحقين أو لبيان المصرف :

إذا كانت الزكاة حقاً ثابتاً ، فى مال الغنى للمستحقين فى قوله "إنما الصدقات " فهل هذا الحق يثبت لهم على سبيل التشريك ، بحيث يكونون جميعا متساويين فيه لايتميز بعضهم على بعض فى القسمة أو لا ؟

قال الحنفية والمالكية والحنابلة يجوز أن يقتصر فى الصرف إلى صنف واحد من الأصناف الثمانية[3] ويجوز تفضيل صنف على صنف[4].

---

[1] كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن ادريس البهوتى ، مكتبة النصر الحديثة ١٦٦/٢ .

[2] رواه أبــو داود فى سننه ، طبعة دار الكتاب العربى ٢٤٣/١ .

[3] فتح القدير ٢٦٥/٢ ، العناية ٢٦٥/٢ ، حاشية ابن عابدين ٦٢/٢ ، مواهب الجليل للحطاب ٣٤٢/٢ ، قوانين الاحكام الشرعية ابن جزى ص ١٠٦ ، كشاف القناع ٢٨٧/٢ ، الاحكام السلطانية لأبى يعلى ص ١٣٢.

[4] قوانين الاحكام لابن جزى ص ١٠٦ وهو رأى الامامية - المختصر النافع لابى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى ، ط ثانية ، مطبعة وزارة الأوقاف ص ٨٤ .

وقال الشافعية يجب الصرف إلى الأصناف الثمانية إن كان مفرق الزكاة هو ولى الأمر وإن كان المفرق هو المالك أو وكيله سقط نصيب العامل ووجب صرفها إلى الأصناف السبعة الباقية ، أى يجب أن يعم الأصناف كلها ، ولايجوز ترك صنف منهم[1] .

استدل الشافعية على قولهم بأن الله سبحانه وتعالى أضاف جميع الصدقات إلى المستحقين بلام التمليك وأشرك بينهم بواو التشريك فدل ذلك على أنه مملوك لهم مشترك بينهم[2] .

واستدل الحنفية ومن معهم بأن الاضافة لبيان المصارف التى يجوز الدفع إليها لاتعيين الدفع لهم ، فإلى أيهما صرفت أجزأك[3] .

وقال القرطبى رحمه الله : فى قوله تعالى " للفقراء " تبيين لمصارف الصدقات والمحل حتى لاتخرج عنهم ثم الإختيار إلى من يقسم ، وقال هو قول مالك وأبى حنيفة وأصحابهما ، واحتج لهم بقول الله تعالى "إن تبدوا الصدقات فنعما هى وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم "[4] والصدقة متى أطلقت فى القرآن فهى صدقة الفرض ، وقال ﷺ " أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها على فقرائكم " وهذا نص فى ذكر أحد

---

(1) المهذب للشيرازى ١٧١/١ ، المجموع للنووى ١٦٥/٦ ، ١٦٦ ، ١٦٧ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص١٠٧.

(2) المهذب ١٧١/١ .

(3) فتح القدير ٢٦٥/٢ ، العناية ٢٦٥/٢ ، حاشية ابن عابدين ٦٢/٢ .

(4) سورة البقرة آية رقم ٢٧١ .

الأصناف الثمانية قرآنا وسنة ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عباس وحذيفة ، وروى المنهال بن عمرو عن زر بن حبيش عن حذيفة فى قوله " إنما الصدقات للفقراء والمساكين "قال إنما ذكر الله هذه الصدقات لتعرف ، وأى صنف منها أعطيت أجزأك ، وروى سعيد بن جبير عن ابن عباس مثله ، وأضاف القرطبى قوله : إن الأمة اتفقت على أنه لو أعطى كل صنف حظه لم يجب تعميمه فكذلك تعميم الأصناف مثله[١] .

وسبب الخلاف كما حكاه ابن رشد[٢] معارضة اللفظ للمعنى ، فإن اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى أن يؤثر بها أهل الحاجة إذا كان المقصود به سد الخلة ، فكان تعديدهم فى الآية عند هؤلاء إنما ورد لتمييز الجنس أعنى أهل الصدقات لاتشريكهم فى الصدقة ، فالأول أظهر من جهة اللفظ والثانى أظهر من جهة المعنى .

ويستفاد من رأى السادة الحنفية ومن معهم من المذاهب الفقهية أنه يجوز للحاكم أو ولى الأمر أن يؤثر بعض الأصناف على بعض كما حكاه القاضى أبو يعلى فى الأحكام السلطانية ، بل له أن يقتصر فى الدفع على

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للإمام شمس الدين ابى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرح الانصارى القرطبى، دار الغد العربى ٣٠٩٣/٤ – ٣٠٩٤ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الشهير بابن رشد الحفيد ، دار الكتب الاسلامية ٣٢٢/١ .

فرد واحد من صنف واحد كما هو فى الكشاف[1] أو فرد واحد كما هو فـى فتح القدير[2] .

يقول السادة المالكية الأمر عندنا فى قسم الصدقات أن ذلك لايكون إلا على وجه الاجتهاد من الوالى ، فأى الأصناف كانت فيه الحاجة والعدد أوثر ذلك الصنف بقدر مايرى الوالى ، وعسى أن ينتقل ذلك إلى الصنف الآخر بعد عام أو عامين أو أعوام فيؤثر أهل الحاجة والعدد حيث ماكان ذلك وعلى هذا أدركت من أرضى من أهل العلم[3] ، ويقول الزرقانى[4] فى شرح قول الإمام مالك : للخليفة أو نائبه الاجتهاد فى القدر الذى يعطى ومن الذى يعطى من الأصناف الثمانية المنصوص عليها فى الآية وبذلك تكون الآية محمولة على أنها اعلام بمن تحل له الصدقة ، وقال حذيفة وابن عباس إذا وضعتها فى صنف واحد أجزأك .

واذا كان للحاكم حق الاجتهاد فى توزيع وصرف الزكاة على المستحقين بأن يؤثر صنف على صنف ويفضل بعض أفراد الصنف الواحد على بعض وأن يؤثر ذا الحاجة على أن يعود لبقية الأصناف فى الأعوام اللاحقة أفلا يجوز له بعد ذلك أن يبقى جزءاً من أموال الزكاة – على الأقل بعدما يؤثر أهل الحاجة والضرورة – لكى يستثمره فيما يعم نفعه ، بحيث يشارك هذا الجزء فى تنمية البلاد فيعم النفع ، فضلاً عن أنه

---

(1) الكشاف ٢/٢٨٧ .

(2) فتح القدير ٢/٢٦٥ ، وهو رأى الامامية ، المختصر النافع ، مرجع سابق ص ٨٤ .

(3) الموطأ للامام مالك بن أنس رضى الله عنه – دار الآفاق الجديدة بيروت ص ٢١٦ ، المنتقى شرح الموطأ للباجى – دار الفكر العربى – مجلد ١ ، جـ ٢ ص ١٥١ ، ١٥٢ .

(4) شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك – مكتبة ومطبعة المشهد الحسينى ٢/١٢٥ .

ينمو فى ذاته بربحه فيكثر ويزداد نصيب الفقراء بزيادته ، أليس هذا بأنفع للمستحقين من أن يدفع لهم مبلغاً من النقود قد يقومون بإنفاقه فى فترة تطول أو تقصر ثم يرجعون فى العام المقبل على ذات الصفة التى استحقوا بشأنها الزكاة ، أليست هذه وسيلة لإغناء الفقراء والمساكين ، والحاكم له حق الاجتهاد فى الوسيلة التى يرى أنها أقرب إلى تحقيق المقصود ؟

إن الحكم الشرعى وهو وجوب اخراج الزكاة بعد تمام شروطها قد تحقق بدفعها للإمام أو نائبه أو عامله وبرئت ذمته بالدفع إلى أيهما كما مر ، وبقى على ولى الأمر أن يوزعها ، فإذا رأى أن الأنفع والأصلح للمستحقين فى نمائها وزيادتها – بعد أن يؤثر ذا الحاجة والضرورة – الذين لايمكنهم الانتظار – فما الذى يمنع ذلك إذا صدقت النوايا واجتمع رأى أهل الشورى على ذلك .

ثانياً : الزكاة واجبة على الفور أو على التراخى :

ربما يتبادر إلى الذهن السؤال الآتى : ماوجه الارتباط بين مسألة توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية وبين كونها واجبة على الفور أو على التراخى ؟ لاشك أن الحكم بمدى جواز توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية من عدمه يختلف فى حالة ما إذا كانت الزكاة واجبة على الفورأم على التراخى ، ففى حالة القول بأن الزكاة واجبةعلى التراخى فعندئذ يمكننا القول بجواز ذلك دون الوقوع فى حرج ، هذا بخلاف القول بوجوبها على الفور ، هذا مانراه فى العلاقة بين توظيف الزكاة ووجوبها.

أما عن القول فى كيفية الوجوب ، فعند جمهور الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] والظاهرية[5] والشيعة الامامية[6] والشيعة الزيدية[7] : الزكاة واجبة على الفور واستدلوا على ذلك بما يلى:

١ - أن حاجة المستحقين إليها ناجزة ، والأمر بالصرف الى الفقير وغيره معه قرينة الفور ، وهى أنه لدفع حاجته وهى معجلة ، فمتى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الايجاب على وجه التمام[8] .

٢ - أن الأمر المطلق للفور ، بدليل أن المؤخر يستحق العقاب ولو جاز التأخير لكان إما لغاية وهو مناف للوجوب ، وإما إلى غيرها ولا دليل عليه ، بل ربما يفضى إلى سقوطها إما بموته ، أو تلف المال ، فيتضرر الفقير بذلك ، فيختل المقصود الشرعى ولأن الساعى يطلبها فكانت على الفور .

٣ - كما أنها أى الزكاة تتكرر كل عام فلم يجز تأخيرها إلى دخول مثلها[9] .

---

(1) فتح القدير - مرجع سابق ١٥٥/٢ .

(2) مواهب الجليل للحطاب - مرجع سابق ، ص ٣٦٣ ، التاج والاكليل ص ٣٥٢ .

(3) متن المنهاج لأبى زكريا يحى بن شرف النووى ، مغنى المحتاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب كلاهما طبعة مصطفى البابى الحلبى ٤١٣/١ ، المهذب للشيرازى ١٤٠/١ .

(4) كشاف القناع - مرجع سابق ٢٥٥/٢ .

(5) المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم - دار الآفاق الجديدة - بيروت ٢٦٣/٤ .

(6) المختصر النافع لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى ، مطبعة وزارة الأوقاف ، الطبعة الثانية ، ص٨٢ ، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام للشيخ محمد حسن النجفى ، دار احياء التراث العربى ، بيروت ط / ٧ ، ١٩٨١ جـ ٤٣٣/١٥ / ٤٣٤ .

(7) السيل الجرار لشيخ الاسلام محمد بن على الشوكانى تحقيق محمود ابراهيم زايد ، ط أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٥/٢ .

(8) فتح القدير ١٥٥/٢ ، مغنى المحتاج ٤١٣/١ .

(9) كشاف القناع ٢٥٥/٢ .

وفى رواية لبعض الحنفية أنها أى الزكاة واجبة على التراخى وهو قول أبى بكر الرازى .

واستدل على ذلك بأن مطلق الأمر - كما هو المختار فى الأصول- لايقتضى الفور ولا التراخى بل مجرد طلب المأمور به فيجوز للمكلف كل من التراخى والفور فى الامتثال لأنه لم يطلب منه الفعل مقيداً بأحدهما فيبقى على خياره فى المباح الأصلى[١] .

وأياً ماكان الرأى فى كيفية وجوب الزكاة على الفور أم على التراخى فإن المالكية أجازوا للإمام أن يؤخر توزيع الزكاة إلى الحول الثانى إذا أداه اجتهاده إلى ذلك [٢].

وروى هشام عن أبى يوسف قوله : إنه لايأثم بتأخير الزكاة .... لأن الزكاة غير مؤقتة[٣] . وأجاز الحنابلة تأخيرها إذا خاف من وجبت عليه الزكاة ضرراً كرجوع ساع إليه إذا أخرجها بنفسه ، أو خوفه على نفسه أو ماله لما فى ذلك من الضرر[٤]وفى الحديث "لا ضرر ولا ضرار"[٥] .

---

(١) فتح القدير ١٥٥/٢ ، ١٥٦ .

(٢) مواهب الجليل ٣٦٣/٢ .

(٣) العناية ١٥٦/٢ .

(٤) كشاف القناع ٢٥٥/٢ .

(٥) حديث رواه الدارقطنى فى سننه عن أبى سعيد الخدرى - نشر دار المحاسن للطباعة ، القاهرة ، ٧٧/٣ ، والامام أحمد عن ابن عباس ، وابن ماجه عن عباده - حديث حسن - الجامع الصغير للسيوطى رقم ٩٨٩٩ .

وعند الإمامية يجوز تأخير دفع الزكاة للمستحقين لعذر كانتظار المستحق وشبهه ، وإذا عزل المزكى زكاة ماله فيجوز تأخيرها شهراً أو شهرين[1] ، وكذلك عند الزيدية[2] والأولى عندهما عدم التأخير .

نخلص مما تقدم إلى أن وجوب الزكاة وإن كان على سبيل الفور كما هو غالب رأى فقهاء أهل السنة والشيعة الامامية والزيدية ، إلا أنهم جميعاً أجازوا تأخير دفع الزكاة للمستحقين إذا كان هناك عذر يمنع توزيعها ، هذا من ناحية .

ومن ناحية ثانية فإن رأى السادة المالكية واضح فى جواز ذلك للإمام حيث أداه اجتهاده[3] إلى ذلك ، ويعضد هذا ماجاء فى فقه الامامية من أن الأمام أو الفقيه إذا قبض الزكاة فقد برئت ذمة المالك حتى ولو تلفت بعد ذلك[4] وهو رأى فقهاء أهل السنة .

وإذا كان الأمر كذلك فتخريجا عليه إذا كان من مصلحة المستحقين للزكاة أولاً ، ومصلحة عامة المجتمع المسلم أن توظف أموال الزكاة فى مشروعات انتاجية يعم بها النفع والفائدة فلا حرج فى ذلك ، طالما أعطى الفقهاء الحق للإمام أو ولى الأمر ذلك ، خاصة إذا علمنا بأن الفورية التى قال بها الفقهاء إنما تتحقق بمجرد قيام المالك أو المزكى بدفع زكاته لولى

---

(1) المختصر النافع – مرجع سابق ص ٨٢ .

(2) السيل الجرار ، مرجع سابق ١٥/٢ .

(3) مواهب الجليل ٣٦٣/٢ .

(4) المختصر النافع ص ٨٤ .

الأمر أو الامام أو نائبه ، والمسئولية بعد ذلك تقع على عاتق ولى الأمر أو الامام[1] .

فاذا كان تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة[2] فرعاية مصلحة الفقراء والمستحقين جميعاً من أهم مسئوليات ولى الأمر أو الحكومة فى المجتمع المسلم ، فهو بالنسبة لهم كولى اليتيم ، فإذا اقتضيت مصلحتهم أن يؤخر صرف حقهم فى الزكاة على أن يوظفها فيما يعود عليهم بعموم النفع فهذا هو عين المصلحة .

ثالثاً : الاباحة والتمليك فى الزكاة :

عرفنا فيما سبق أن الزكاة حق لمن أسمتهم الآية الكريمة " إنما الصدقات للفقراء والمساكين... " فى مال الغنى ، وهو مفاد تعريف السادة الحنابلة للزكاة ، حيث قالوا : هى حق واجب فى مال مخصوص لطائفة مخصوصة فى وقت مخصوص[3] .

وفى البحر الزخار[4] ولاتجزئ الاضافة بنيتها لاعتبار التمليك ولاتلحقها الإجازة أى الاباحة[5] .

---

(1) هذا هو رأى الشيخ يوسف القرضاوى – مقتبس من " مناقشات مجمع الفقه الاسلامى حول توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية بلا تمليك فردى للمستحق " مجلة مجمع الفقه الاسلامى – الدورة الثالثة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامى – العدد الثالث – ١٤٠٨هـ – ١٩٨٧م جـ٣/٣٨٨ .

(2) الأشباه والنظائر – الشيخ جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى – الطبعة الأخيرة مصطفى الحلبى ١٣٧٨هـ/١٩٥٦م ، ص ١٢١ .

(3) كشاف القناع ٢/١٦٦ .

(4) البحر الزخار – للشيخ أحمد بن يحيى بن المرتضى – دار الكتاب الإسلامى ، القاهرة ٣/١٩٤ .

(5) عيون الازهار فى فقه الأئمة الاطهار – للإمام محمد بن يحيى المرتضى – دار الكتاب اللبنانى ط/ أولى ١٩٧٥م ، ص ١٣٩ .

وهذا الحق ثبت للمستحقين على سبيل التمليك الذى هو ركن عند الحنفية[1] فهل تغنى الاباحة عن التمليك ؟ بمعنى إذا أطعم المزكى اليتيم أو الضعيف الفقير أو ابن السبيل أو المؤلفة قلوبهم بنية الزكاة ، فهل يجوز احتساب ماأكله اليتيم أو الضيف الفقير أو ابن السبيل وغيره من المستحقين من الطعام زكاة وذلك باعتبار أنه اباحة لهم ؟

جاء فى فقه الحنفية أن الزكاة : تمليك جزء مال ...[2] والتعبير بلفظ التمليك يخرج الاباحة فلا تكفى فيها .. إلا إذا دفع إليه المطعوم ، لأنه بالدفع إليه بنية الزكاة يملكه فيصير آكلاً من ملكه ، بخلاف ما لو أطعمه معه ، وكذا تجوز الكسوة بنية الزكاة[3] .

كما جاء فى شرح الازهار أن مايقدمه المزكى لضيوفه الفقراء والمساكين من الزكاة بشروط :

١ - أن ينوى الزكاة .
٢ - أن تكون عين الطعام باقية كالتمر والزبيب .
٣ - أن يصير إلى كل واحد منهم ماله قيمة ولايتسامح بمثله .
٤ - أن يقبضه الفقير أو يخلى بينه وبينه مع علمه بذلك .

(١) الهداية شرح بداية المبتدى لشيخ الاسلام برهان الدين على ابن أبى المرغينانى ، مطبوع مع فتح القدير - مصطفى الحلبى ٢٦٧/١ .
(٢) حاشية ابن عابدين ٢/٢ ، ٣ .
(٣) المرجع السابق ٣/٢ .

٥ – أن يعلم الفقير أنه زكاة ، لئلا يعتقد مجازاته ، ورد الجميل بمثله[١].

وفى البحر الزخار : ومن جوز القيمة جوز صرف الخبز ، وبعضهم جوز الإضافة[٢] .

وجاء فى فتح القدير[٣] : رجل له أخ قضى عليه بنفقته فكساه وأطعمه ينوى به الزكاة قال أبو يوسف يجوز وقال محمد يجوز فى الكسوة لا فى الإطعام ، وفيه أيضاً : عائل يتيم أطعمه عن زكاته صح خلافا لمحمد لوجود الركن وهو التمليك ، وهذا إذا سلم الطعام اليه ، أما إذا لم يدفع إليه لايجوز لعدم التمليك .

وجاء فى حاشية ابن عابدين : قضى عليه بنفقة ذى رحمة المحرم فكساه وأطعمه ينوى الزكاة صح عند أبى يوسف ، وقال محمد يجوز فى الكسوة ولايجوز فى الاطعام ، وقول أبى يوسف فى الاطعام ظاهر الرواية، قلت هذا إذا كان على طريق الاباحة دون التمليك كما يشعر به لفظ الاطعام ، ولذا قال فى التاتر خانية عن المحيط إذا كان يعول يتيماً ويجعل مايكسوه ويطعمه من زكاة ماله ففى الكسوة لاشك الجواز لوجود الركن وهو التمليك ، وأما الطعام فما يدفعه إليه بيده يجوز أيضاً بخلاف مايأكله بلا دفع اليه[٤] .

---

[١] شرح الأزهار للشيخ أبى الحسن عبد الله بن مفتاح – طبعة شركة التمدن – مصر ٥٤٢/١ .

[٢] البحر الزخار – المرجع السابق – ١٩٤/٣ .

[٣] فتح القدير – مرجع سابق – ٢٧٠/٢ .

[٤] حاشية ابن عابدين ٣/٢ .

نخلص مما تقدم أن بعض الفقهاء أجاز الاطعام والكسوة بنية الزكاة، وذلك كما هو واضح عند بعض الأصحاب فى فقه السادة الحنفية وبعض الزيدية أجاز اعتبار مايقدمه المزكى لضيوفه من الزكاة بشروط سبق ذكرها ، وهذا من شأنه افساح المجال للقول بامكانية توظيف أموال الزكاة فى اقامة مشروعات انتاجية أو خدمية على أن تكون منتجات المشروعات الانتاجية أو خدمات المشروعات الخدمية قاصرة على المستحقين للزكاة ، هذا فضلاً عن تملكهم لرؤوس أموال المشروعات باعتبارهم مستحقين لها ، ومما يعضد هذا ، قول : الكمال بن الهمام : وكذا إن سقط ماله من يده (أى المزكى) فرفعه فقير فرضى به جاز إن كان يعرفه والمال قائم"[1] خصوصاً وأن المستحق سيتملك مايدفع اليه سواء كان عين مايدفع إليه أم منفعته ، فكسوة الفقراء واطعامهم واعداد أماكن لابناء السبيل وبناء مستشفيات لهم كل ذلك محقق للغرض الذى من أجله فرضت الزكاة ، وعليه فينبغى أن يجوز .

رابعاً : الفقر الحال والفقر المتوقع :

لما كانت الزكاة تؤخذ من الأغنياء وترد إلى المستحقين لها فى الآية الكريمة " إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ... " فهل المقصود بها هؤلاء المستحقين وقت وجوب الزكاة أى حال وجوب الزكاة أو أن المقصود بهم كل من يصير مستحقاً فى المستقبل ، بمعنى أن من كان غنياً ثم افتقر أو أصبح مديناً بعد وجوب الزكاة ، أو التحق بالمقاتلين هل يكون مستحقاً فيما وجب من الزكاة فى الأعوام السابقة؟ .

---

[1] فتح القدير ٢٧٠/٢ .

الواقع أن الحال يختلف بحسب ما إذا كانت حصيلة الزكاة تفيض عن حاجة المستحقين وقت الوجوب أو لاتفيض .

ففي حالة وجود فائض بعد الدفع إلى المستحقين فحينئذ لايمكن القول بأن من صار فقيراً أو صار مقاتلاً فى سبيل الله أو مديناً لايكون مستحقاً فى أموال الزكاة ، بل العكس هو الصحيح ، إذ لابد من الدفع إليه باعتباره مصرفاً من مصارف الزكاة فالشرط تحقق وهو كونه فقيراً أو مسكيناً أو عابر سبيل ، والزكاة باقية ، وكون الزكاة واجبة على الفور فلا يقدح فى ذلك ، لأن الزكاة تكون على الفور طالما وجد المستحقون لها ، أما إذا لم يوجدوا أو وجدوا وزادت الزكاة عن كفايتهم فلا مانع من الصرف على من وجد بعد ذلك .

أما فى حالة عدم وجود فائض من أموال الزكاة ، بأن كان المستحقون لها وقت الوجوب يستغرقون الحصيلة كاملة فلا مجال هنا للقول باعتبار من صار فقيراً أو مسكيناً أو مدنياً أو عابر سبيل أو مقاتلاً بأنه مستحق للزكاة لسبب بسيط وهو عدم وجود أموال الزكاة ، ولأن الدفع إليه لايكون إلا على سبيل تأخير صرف الزكاة على المستحقين وقت الوجوب ، وهذا مناقض لوجوبها على الفور ، وعليه أن ينتظر لعام مقبل.

وبناء على ذلك تكون الزكاة حقاً للمستحقين فى حال وجوبها وليس لمن يكون كذلك فى المستقبل .

ومن ثم لايمكن القول بتأخير دفع الزكاة من أجل استثمارها ودفعها إلى من يتوقع أن يكون مصرفاً من مصارفها في المستقبل ، ويعضد هذا

ماقاله الدارمى فى الاستذكار إذا أخر تفريق الزكاة إلى السنة الثانية فمن كان فقيراً أو مسكيناً أو غارماً أو مكاتباً من سنته إلى السنة الثانية خصوا بصدقة الماضى ، وشاركوا غيرهم فى الثانية ، فيعطون من صدقة العامين[1] .

وهذا لايكون صحيحاً إلا إذا كانت الزكاة حقاً للمستحقين وقت الوجوب حيث لاتكفيهم وغيرهم ، أما إذا كانت تكفيهم مع وجود فائض فقد تقدم الكلام عن هذا الافتراض .

ولكن إذا كان الهدف من الدفع المستحقين هو اغناء الفقير والمسكين والقيام بكفاية العامل والمجاهد وفك الرقاب ودفع الدين عن المدينين لايتحقق فى صورة الدفع إليهم مرة واحدة ، خصوصاً عند من اشترط أن يكون الدفع بمقدار مايكفيه العمر كله[2] ، فعندئذ يصعب القول بأن زكاة عام تكفى لإغناء المستحقين لها فى نفس العام كله أو حتى سنة فقط ، وعليه يكون البديل هو ماقاله الشافعية : يدفع للفقير ماتزول به حاجته من أداة يعمل بها إن كان فيه قوة ، أو بضاعة يتجر فيها حتى لو احتاج إلى مال كثير للبضاعة التى تصلح له ويحسن التجارة فيه وجب أن يدفع اليه[3] .

وجاء فى المجموع شرح المهذب : قال العراقيون وكثيرون من الخراسنيين – فى قدر المصروف إلى الفقير والمسكين – يعطيان

(١) المجموع – مرجع سابق ٢٢٨/٦ .

(٢) المجموع ١٧٦/٦ .

(٣) المهذب ١٧١/١ .

مايخرجهما من الحاجة إلى الغنى ، وهو ماتحصل به الكفاية على الدوام ، وهذا هو نص الشافعى رحمه الله ، واستدل له الأصحاب بحديث قبيصة بن المخارق الصحابى رحمه الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : " لاتحل المسألة الا لأحد ثلاثة ، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال سدادا من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجى من قومه : لقد أصابت فلان فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو قال سدادا من عيش ، فما سواهن ياقبيصة سحت يأكلها صاحبها سحتاً "[١] .

قال الأصحاب : فمن كانت عادته الاحتراف أعطى مايشترى به حرفته أو الآت حرفته ، قلت قيمة ذلك أم كثرت ، ويكون قدره بحيث يحصل له من ربحه مايفى بكفايته غالباً تقريباً .

ويختلف ذلك باختلاف الحرف والبلاد والأزمان والأشخاص ، فمن كان يبيع البقل يعطى خمسة دراهم أو عشرة ، ومن حرفته بيع الجواهر يعطى عشرة الآف درهم مثلاً إذا لم يتأت له الكفاية بأقل منها ، ومن كان خياطاً أو نجاراً أو قصاراً أو قصاباً أو غيرهم من أهل الصنائع أعطى مايشترى به الآلآت التى تصلح لمثله ، وإن كان من أهل الضياع يعطى مايشترى به ضيعة أو حصة فى ضيعة تكفيه غلتها على الدوام[٢] .

---

(١) الحديث رواه مسلم فى صحيحه .

(٢) المجموع ١٧٦/٦ .

وإذا جاز اعطاء مستحق الزكاة القدر الذى تحصل به الكفاية – كما هو الرأى المتقدم – فطبقاً للرأى القائل بجواز دفع القيمة نقداً أو عيناً يجوز دفع الزكاة للمستحق فى صورة سلعة كالالة والميكنة وأداة الحرفة والمهنة طالما أعطيت له على سبيل التمليك ، وهذا ماقال به بعض السادة الحنفية من جواز دفع الكسوة والطعام بنية الزكاة[1] ، وأيضاً ماقاله الشيعة من جواز اعتبار مايقدمه المزكى لضيوفه الفقراء من الزكاة[2] ، وقول البعض " من جوز القيمة جوز صرف الخبز "[3] .

وعلى ماتقدم يمكننا القول بجواز إقامة مشروعات انتاجية بأموال الزكاة لانتاج سلع وخدمات يتم توزيعها على المستحقين للزكاة على سبيل التمليك ، وبذلك تتحقق الفائدة من عدة نواح :

١ – تحقيق مصلحة الفقير والمسكين باعطاءه مايغنيه من أدوات مهنته أو حرفته .

٢ – تحقيق مصلحة المجتمع ، وذلك من عدة نواح أيضاً :

أ – المشاركة فى تنمية المجتمع عن طريق التصنيع بدلا من اللجوء إلى الاستيراد من الخارج الذى يكلف الدولة أموال طائلة .

ب – توفير فرص العمل لطالبى العمل ، ذلك أن هذه المشروعات لابد لها من أيدى عاملة ، وقد تكون هذه العمالة من المستحقين الزكاة فيعملون مقابل أجر أو راتب بخلاف حقهم فى أموال

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٣ .

(٢) شرح الأزهار – مرجع سابق ٥٤٢/١ .

(٣) البحر الزخار – مرجع سابق ١٩٤/٣ .

الزكاة ، وإما أن يعمل بها غير المستحقين الزكاة ، فتوفر لهم هذه المشروعات فرص العمل اللازمة .

ولنا فيما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بأرض السواد وعدم تقسيمها على الغانمين وتركها فى أيدى أصحابها وأخذ الخراج عليها ليستفيد منه الغانمون وغيرهم ولمن يأتى بعدهم من المسلمين سنداً قوياً فى هذا الشأن ، فما فتح عنوة إما أن يقسم بين الغانمين إتباعاً لفعل الرسول ﷺ بخيبر ، وإما أن لايقسم إتباعاً لفعل عمر - رضى الله عنه - بسواد العراق وموافقة الصحابة له[1] .

فقد كانت المصلحة فى بدء الدعوة الإسلامية عدم تقسيم أراضى خيبر لشدة الحاجة وكذلك فعل الرسول ﷺ ، وفى عهد عمر - رضى الله عنه - تغير وجه المصلحة فكان عدم التقسيم لأرض السواد هو المصلحة وكذلك فعل عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فكان واجباً[2] .

جـ - مازاد عن كفاية المستحقين للزكاة من سلع وخدمات منتجة فى هذه المشروعات تباع لغيرهم بثمن السوق فتزداد حصيلة أموال الزكاة وتنمو ، وهذا أفضل للفقراء .

---

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين بن نجيم الحنفى - دار المعرفة للطباعة والنشر لبنان ٨٩/٥ ، وكذا الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل للإمام علاء الدين أبى الحسن على ابن سليمان بن أحمد السعدى الحنبلى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٧٨/٤ .

(2) المغنى لابن قدامة ٨٢/٢ .

د - ومازاد عن حاجة المجتمع يتم تصديره للخارج ، فيساعد فى احداث التوازن فى الميزان التجارى ، ومن ثم زيادة الطلب على العملة الوطنية ، فترتفع قيمتها .

٣ - هذا بالاضافة إلى أن العائد (الربح) الذى تحققه هذه المشروعات ، حيث يتم توزيعه على المستحقين للزكاة ، فتحقق لهم الغنى المقصود من الأثر الوارد عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه " إذا أعطيتم فأغنوا "[١] ومما جاء عن الشافعية قولهم " وهو ماتحصل به الكفاية على الدوام " وقولهم " بحيث يحصل له من ربحه مايفى بكفايته تقريباً "[٢] .

ولاشك أنه إذا تحقق الغنى بالكيفية السابقة ، فإن من كان مستحقاً فى هذا العام - مثلاً - سيصبح - إن لم يكن مزكياً - غير مستحق للزكاة فى الأعوام اللاحقة - ، ذلك لأن رأس ماله - الذى هو حصته فى المشروع الانتاجى باق ، ومايعود عليه من ربحه يغنيه عن أخذ الزكاة ، وهذا بخلاف ما لو أعطى الفقير نصاباً وهو ماقال به أبو يوسف رحمه الله[٣] - وهو أى هذا الرأى مخالف لما عليه أكثر الفقهاء من أن الفقير لايعطى عطية يصير بها من الغنى فى مرتبة من لاتجوز له الصدقة[٤] - فعلى أحسن الفروض إذا حصل الفقير على قدر النصاب من الزكاة وكانت نقوداً سائلة ففى هذه الحالة سيتم انفاق المبلغ شيئاً فشيئاً حتى ينفذ كله طال

---

(١) الأموال لابى عبيد - مرجع سابق ص ٥٠٢ .

(٢) المجموع - مرجع سابق ١٧٦/٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦٨/٢ ، العناية ٢٧٩/٢ .

(٤) بداية المجتهد ٣٢٥/١ .

الزمن أو قصر ، وسيصير في العام اللاحق مستحقاً للزكاة وهكذا ، ولايقدح في هذا : أن يكون بامكان الفقير أو غيره من المستحقين للزكاة قادراً على توظيف حصته أو نصيبه في مال الزكاة على انفراد . ذلك لأن المسألة ليست تخص فردا بعينه من المستحقين للزكاة وإنما تخص جميع المستحقين ومايراه ولىّ الأمر نافعاً لهم جميعاً أجبروا عليه .

ولايعترض هنا بأن هذه المشروعات ربما تتعرض لخسارة ومن ثم تضيع أموال الزكاة . ذلك أن المشروعات الفردية قد تتعرض هي الأخرى للربح والخسارة ، فربما يأخذ الفقير حصته من ضيعة أو مزرعة أو نقود ليستغلها فتتلف أو تخسر فهذا قاسم مشترك في كل الاستثمارات .

أشكال المشروعات الانتاجية التى تستثمر فيها أموال الزكاة :

إذا انتهينا إلى القول بجواز توظيف أموال الزكاة في مشروعات انتاجية (استثمارية) فما هي اشكال هذه المشروعات : هل هي مشروعات فردية أو مشروعات جماعية ، وإذا كانت المشروعات الجماعية هي المقصودة من هذه الدراسة ، فهل هي لعامة أفراد الشعب أو لمجموعة المستحقين للزكاة ، أو لمجموعة منهم دون غيرهم ، ومن يقوم بواجب الإدارة في مثل هذه المشروعات هل هم المستحقون للزكاة أو من غيرهم ، وماهي شروط من يقوم بهذا الواجب ، وماهي أنواع المشروعات الأولى بتوظيف أموال الزكاة فيها : كل هذه تساؤلات يستدعينا المقام بحثها ودراستها .

١ – اشكال المشروعات الانتاجية :

بداءة يخرج عن نطاق دراستنا هذه مسألة المشروعات الانتاجية الفردية لأن هذه المسألة لم يخالف فى جوازها أحد من فقهاء السلف والخلف ، فمستحق الزكاة طالما أخذ نصيبه نقداً أو عرضاً فقد دخل هذا المال فى ملكه وله كامل الحق فى أن يفعل به كيفما شاء ، وهو ماصرح به فقهاء الشافعية بقولهم " قال الأصحاب : من كانت عادته الاحتراف أعطى مايشترى به حرفته أو الآت حرفته "[1] .

يبقى معنا بعد ذلك المشروعات الجماعية فهى مقصدنا من البحث لأسباب تقدم ذكرها ، وأهمها أن هذه المشروعات تملك القدرة على جمع الأموال الكثيرة اللازمة للمشروعات الكبرى ، وأهميتها فى مجال توظيف أموال الزكاة فى مشروعات انتاجية تتمثل فى جمع أكبر عدد من أنصبة المستحقين فى مال الزكاة واستثمارها فى المشروعات الهامة والضرورية، فبدلاً من أن يأخذ كل مستحق نصيبه ويستثمره بمفرده فى مشروعات انتاجية بسيطة وضيقة فلا شك أن قدرة هذه المشروعات البسيطة والضيقة على تحقيق أهداف المجتمع تقل عن قدرة المشروعات الكبيرة صاحبة الأموال الكثيرة التى تتطلبها حاجة البلاد فى تحقيق التنمية .

وإذا كان الأمر كذلك ، فالمشروعات الجماعية قد تكون ملكاً لمجموع الأمة (الملكية العامة) وقد تكون ملكاً لطائفة معينة ، فأما كونها ملكاً للمجموع (الملكية العامة) فلاشك أن هذا لايجوز بخصوص أموال الزكاة ، لأن الزكاة ملك لطائفة المستحقين ولا تلحقها الإباحة كما عبر عن

---

(1) المجموع ١٧٦/٦ .

ذلك فقهاء الحنفية والشيعة[1] . كما أن القول بجعل أموال الزكاة ملكية عامة من شأنه مشاركة الأغنياء للفقراء فى هذا الحق وهو لايجوز ، فقد قال النبى ﷺ " لاصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى "[2] .

وأما كونها ملكا لطائفة معينة فحينئذ يثور التساؤل الآتى : هل يجوز توظيف أموال الزكاة لكافة المستحقين أم لبعضهم ؟ فالمستحقون للزكاة فيهم الغارم (المدين) وابن السبيل (المسافر الذى انقطعت به السبل للوصول إلى بلده) فهل يدخل الغارم وابن السبيل والمؤلفة قلوبهم والارقاء فى مشاركة الفقراء والمساكين والعاملين عليها فى ملكية هذه المشروعات أو لا ؟

ولكى يمكن الاجابة على هذا التساؤل ينبغى أولاً الاجابة على التساؤل الآتى : هل للغارم (المدين) وابن السبيل والرقيق حق فى مال الزكاة بعد سداد الدين وعتق الرقيق والدفع إلى ابن السبيل بما يوصله إلى موطنه ؟ بالطبع لاحق لهؤلاء فى مال الزكاة بعد ذلك ، إلا إذا ثبت لهم هذا الحق بصفة أخرى غير الصفة التى استحقوا بها فى المرة الأولى ، وبناء على هذا إذا تم سداد الدين واعتاق العبد ورجوع عابر السبيل إلى أهله وماله فقد انقطعت صلة الجميع بمال الزكاة ولا حق لهم فيها بعد ذلك بذات الصفة .

---

(1) الحاشية ٣/٢ ، عيون الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار ص ١٣٨ .

(2) حديث رواه عبد الله بن محمد ، واخرجه أبو داود ، والترمذى والدارقطنى .

وإذا كان الأمر كذلك فمال الزكاة الموظف فى مشروعات انتاجية والمفروض أنه مال مستثمر وباق – تقتصر ملكيته على الفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وكذلك الجهاد فى سبيل الله ، وبعبارة أخرى : أن المدين إذا حل أجل دينه حصل على ماَيكفى لسداد دينه وبذلك فلا حق له فى مال الزكاة المستثمر ولا فى ثمرته وكذلك العبد إذا اشترى بمال الزكاة وأعتق ، وابن السبيل إذا عاد إلى بلده – أما الفقير والمسكين والعامل والمؤلفة قلوبهم والمجاهدون فهؤلاء تستثمر انصبتهم فيملكونها وريعها ولا حق لغيرهم فيها ، فاذا ماوجد بعد ذلك غارم أو عابر سبيل فلا حق لهم فيما سبق توزيعه على مستحقيه وينتظروا لزكاة عام لاحق ، وبناء على ذلك لاتوظف أموال الزكاة لكافة المستحقين لها وقت الوجوب ، فالمدين الذى حل دينه لايمكن تأخير دفع الزكاة اليه ، طالما كان من المستحقين وقت الوجوب .

أما إذا قسمت أموال الزكاة على الأصناف المستحقين لها ووجدت بعض الأصناف ولم يوجد بعضهم كالغارمين وأبناء السبيل ولم تكن هناك ضرورة لصرف نصيبهم إلى غيرهم من الفئات الأخرى فلا حرج فى استثمار ذلك القدر ، وحينئذ يمكن أن تقيم مشروعات انتاجية لطائفة الفقراء والمساكين ، ومشروعات للمجاهدين فى سبيل الله ، على أن تكون ملكيتهم ثابتة بحسب نصيب كل فرد منهم ، فله الحق فى رأس المال والربح ، وله كل الحق فى أن يتصرف فى حصته كيفما شاء ، شأنهم فى ذلك شأن الشركاء فى شركة الأموال .

٢ - من يقوم بواجب الإدارة :

لاشك أنه يصعب القول بقيام جميع الفقراء مثلاً بإدارة المشروعات التى أقيمت لهم بأموال الزكاة ، وعليه يستعاض هنا بطائفة العاملين على الزكاة للقيام بمهمة الادارة ويعاونهم فى ذلك ذوو الخبرة عن أهل الاختصاص فى الشئون الاقتصادية والمالية على أن يكونوا ممن يتحلون بصفة الامانة والتقوى والورع والعفة .

كما ينبغى توافر الرقابة الصارمة من جانب الدولة فضلاً عن الرقابة الطبيعية للمستحقين - باعتبار أن هذه المشروعات ملكاً لهم - على أعمال وتصرفات القائمين بالإدارة .

٣ - المشروعات التى لها أولوية فى توظيف أموال الزكاة :

كل استثمار لايشتمل على تصرف محرم كالتعامل بالربا أو المقامرة يجوز توظيف أموال الزكاة فيه كالصناعة والزراعة والتجارة طالما كان المنتج مباحاً ، فمجال الصناعة حلال ولكن صناعة الخمور محرمة ، ومجال الزراعة حلال ولكن زراعة المخدرات محرمة وهكذا فى التجارة ، وعليه فكل مجال لايشتمل على شئ محرم فلا بأس بتوظيف أموال الزكاة فيه .

ولكن لما كانت أموال الزكاة ذات طبيعة خاصة فهى ليست مدخرات فائضة عن الحاجة الأصلية وإنما المقصود من توظيفها اطالة أمد الانتفاع بها لأصحابها ولذلك فهى تتطلب أن يكون العائد سريعاً فلا يتأخر عائدها عاماً مثلاً ، لهذا يفضل أنّ تكون المشروعات التى توظف أموال

الزكاة فيها مشروعات تجارية ، وكذلك المشروعات الخدمية التى يحتاج إليها المجتمع كالمصحات ودور العلم للفقراء ودور للأيتام وما إلى ذلك .

هذا والله أعلى وأعلم ،،،



الخاتمـــة

وبعد فهذا عرض مفصل لمسألة توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية ، أردت من خلاله التعرف على حكم توظيف أموال الزكاة فى مشروعات انتاجية قبل تفريقها أو توزيعها على المستحقين لكى تظل ملكية أموال الزكاة للمستحقين على أن يتم استثمارها لمصلحتهم ولحسابهم ، فيستفيد المجتمع من وراء استثمار هذه الأموال وتنمو أموال الزكاة بعائد الاستثمار ، وعليه فقد جاءت نتائج البحث كالآتى :

(١) ان مسألة توظيف الزكاة فى مشروعات انتاجية وان لم يقل به أحد من فقهاء المذاهب صراحة الا أنه لم يقل أحد بمنعه أو بعدم جوازه كما فى قولهم بأن توزيع أو تقسيم أموال الزكاة على المستحقين واجب على الفور انما يكون فى الحالات التى لاتحتمل التأخير أو الانتظار هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية فان الزكاة اذا تم دفعها من المزكى (وهو الواجب على الفور) فانها تدخل فى يد ولى الأمر ، وتبرئ ذمة المزكى بمجرد دفعها ، ولولى الأمر أن يفعل بها مايؤدى الى تعظيم النفع اذا ولاها أهل الورع والتقوى والخبرة وحسن التصرف فيها .

(٢) ان توظيف الزكاة واستثمارها فى مشروعات انتاجية لايمنع المستحقين لها من تملك عين المال ، فهى وان كانت فى غير

حوزتهم إلا أنها تدخل فى ملكيتهم ، ولكل منهم الحق فى التصرف فى حصته ، ولا حرج فى ذلك فهو يتصرف فى مطلق حقه .

(٣) لأجل هذا يكون توظيف أموال الزكاة فى مشروعات انتاجية قبل توزيعها لمستحقيها أمر جائز ولايتعارض مع نصوص الكتاب أو السنة .

(٤) يكون توظيف أموال الزكاة فى مشروعات انتاجية تتمتع بانخفاض درجة المخاطرة بقدر الامكان حتى يتم المحافظة على حقوق الفقراء، وذلك كالأعمال التجارية سريعة العائد .

(٥) يجب أن يتوفر فيمن يتولى ادارة هذه الأموال أن يكون ثقة بين الناس وعفيفاً ومستغنياً .

فهرس الموضوعات

محتويات المجلة

